

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**



**TITULO:**  
**“LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN BIOLÓGICA, EN LA MATERNIDAD SUBROGADA, EN SU VARIANTE HETERÓLOGA”**

**PRESENTADA POR:**  
**BR. ZUAR JOAS DANIEL VILLARREAL CORDOVA**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO**

**PIURA - PERÚ**  
**2017**

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**



**“LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN BIOLÓGICA, EN LA  
MATERNIDAD SUBROGADA, EN SU VARIANTE HETERÓLOGA”**

**PRESENTADA POR:**

**BR. ZUAR JOAS DANIEL VILLARREAL CORDOVA**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO**

**PIURA - PERÚ**

**2017**

---

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

**“LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN BIOLÓGICA, EN LA  
MATERNIDAD SUBROGADA, EN SU VARIANTE HETERÓLOGA”**

**LOS SUSCRITOS DECLARAMOS QUE EL PRESENTE TRABAJO  
DE TESIS ES ORIGINAL, EN SU CONTENIDO Y FORMA**



---

**Dra. JACQUELINE SARMIENTO ROJAS**

**ASESOR**



---

**Bach. ZUAR JOAS DANIEL VILLARREAL CORDOVA**

**TESISTA**

**PIURA, PERÚ**

**2017**

UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

“LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN BIOLÓGICA, EN LA  
MATERNIDAD SUBROGADA, EN SU VARIANTE HETERÓLOGA”

TESIS REVISADA Y APROBADA POR EL JURADO



DR. JUAN WILBER CEBRIAN BARZOLA  
PRESIDENTE



DR. GUILLERMO CEVALLOS LOPEZ  
MIEMBRO



DR. GRIMALDO CHONG VASQUEZ  
MIEMBRO

PIURA, PERÚ

2017



UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
DECANATO



"AÑO DEL BUEN SERVICIO AL CIUDADANO"

ACTA DE SUSTENTACIÓN POR TESIS

Los miembros del Jurado Calificador que suscriben, reunidos a las 10:50 horas del día Domingo 29 de Octubre del 2017 en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, para evaluar la Tesis titulada: "LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN BIOLÓGICA EN LA MATERNIDAD SUBROGADA, EN SU VARIANTE HETERÓLOGA", presentada por el Tesista: VILLAREAL CORDOVA ZUAR JOAS DANIEL, habiendo sido asesorado por la Doctora: Jacqueline Sarmiento Rojas; oídas las observaciones y respuestas a las preguntas formuladas y de conformidad al Reglamento de Tesis para la obtención del Título Profesional, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, lo declaran:

APROBADO

☒

DESAPROBADO ( )

El dictamen y calificaciones podrán ser, según Reglamento de Tesis:

Excelente

- Sobresaliente

- Notable

- Bueno

Con la mención de:

EXCELENTE

☒ En consecuencia, queda en condición de ser ratificado por Consejo de Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Piura y recibir el Título de Abogado.

☒ En consecuencia, queda en condición de ser ratificado por el Consejo Universitario de la Universidad Nacional de Piura y recibir el Título de Abogado, después de que la sustentante incorpore las sugerencias del Jurado Calificador.

Piura, 29 de Octubre del 2017

  
DR. JUAN WILBER CEBRIAN BARZOLA  
PRESIDENTE

  
ABOG. GUILLERMO CEVALLOS LOPEZ  
MIEMBRO

  
DR. GRIMALDO CHONG VASQUEZ  
MIEMBRO

## **DEDICATORIA**

Este trabajo está dedicado a mis queridos padres Segundo Villarreal y Gladys Cordova, ya que gracias a ellos estoy cumpliendo esta meta tan importante, porque me han brindado su apoyo incondicional, y a mis hermanos Israel y Caleb, quienes motivaron mis sueños anhelados, y a Bylongo, por querer estar, en esta dedicatoria.

## **AGRADECIMIENTO**

Agradecer a Dios por bendecirme para llegar hasta donde he llegado; a mi familia, amigos cercanos, y aquellas personas que han formado parte de mi vida, y que sin lugar a duda me ayudaron a perseverar en los momentos más difíciles; por sus consejos, apoyo, ánimo y compañía.

Finalmente, agradecer a la Dra. Jacqueline Sarmiento Rojas, que, con sus sabios consejos, ayudó en que pueda desarrollar la presente investigación.

## INDICE GENERAL

	Páginas
DEDICATORIA.....	V
AGRADECIMIENTO.....	VI
INDICE GENERAL.....	VII
INDICE DE TABLAS.....	X
INDICE DE ANEXOS.....	XI
GLOSARIO.....	XII
LISTA DE ABREVIATURAS.....	XIV
RESUMEN.....	XV
ABSTRAC.....	XVI
INTRODUCCION.....	17

### CAPITULO I MARCO TEÓRICO

1.1. INTERES SUPERIOR DEL NIÑO .....	20
1.1.1. El Niño como destinatario de la ley y la aplicación de la Convención sobre Derechos del Niño (1989).....	20
1.1.2. El Interés Superior del Niño.....	21
1.1.3. ¿Derechos vulnerados?.....	22
1.2. TECNICAS DE PROCREACION HUMANA ASISTIDA.....	25
1.2.1. Generalidades.....	25
1.2.2. Antecedentes.....	26
1.2.3. Definición.....	28
1.2.4. Justificación.....	29
1.2.5. Clases.....	30
1.2.6. Enfoques constitucionales.....	33
1.2.7. Su aplicación en la Maternidad Subrogada.....	36
1.3. MATERNIDAD SUBROGADA.....	37
1.3.1. Antecedentes.....	37
1.3.2. Definición.....	37
1.3.3. Partes Intervinientes.....	39
1.3.3.1. Parte Comitente.....	39
1.3.3.2. Madre Subrogada.....	44



1.3.3.3. Tercero (s).....	44
1.3.4. Tipos.....	44
1.3.4.1. Maternidad Subrogada Homóloga.....	44
1.3.4.2. Maternidad Subrogada Heteróloga.....	45
1.3.5. La Maternidad Subrogada en la Ley General de Salud.....	47
1.3.5.1. Inadmisibilidad legal del acuerdo de maternidad subrogada .....	49
1.4.HACIA UNA NUEVA CONCEPCION DE PATERNIDAD Y MATERNIDAD.....	51
1.4.1. Sentimiento humano y mecanización.....	51
1.4.2. Familia, contexto social y derecho.....	52
1.4.3. La revolución de los conceptos de paternidad y maternidad.....	53
1.4.4. Evolución social de la paternidad.....	55
1.4.5. Nuevas formas de paternidad y maternidad.....	56
1.5. FILIACION BIOLÓGICA DE LOS CONCEBIDOS POR MATERNIDAD SUBROGADA HETEROLOGA.....	58
1.5.1. Ideas previas .....	58
1.5.2. La filiación en las normas materiales supranacionales sobre Derechos Humanos	60
1.5.3. Planteamiento.....	63
1.5.4. Posibles soluciones.....	65
1.5.5. La tesis de la voluntad procreacional: el Principio de autorresponsabilidad por la procreación .....	66
1.5.6. Maternidad subrogada y adopción.....	70
1.5.7. En la Jurisprudencia Nacional.....	71
1.5.7.1. Expediente N° 183515-2006-00113.....	71
1.5.7.2. Casación N° 563-2011-Lima.....	72
1.5.7.3. Expediente N° 6374-2016-0-1801-JR-CI-05.....	74
1.5.8. En el Derecho comparado.....	76

## CAPITULO II DISEÑO METODOLÓGICO

2.1. ENUNCIADO DEL PROBLEMA.....	87
2.2. FORMULACION DEL PROBLEMA.....	88
2.2.1. Problema Principal.....	88
2.3. OBJETIVOS.....	89
2.3.1. Objetivo General.....	89

2.3.2. Objetivo Especifico.....	89
2.4. HIPÓTESIS.....	90
2.4.1. Hipótesis General.....	90
2.5. VARIABLES.....	90
2.5.1. Variable Independiente.....	90
2.5.2. Variable Dependiente.....	90
2.6. CONCEPTUALIZACIÓN DE LAS VARIABLES.....	90
2.7. OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES.....	92
2.7.1. Indicadores.....	92
2.8. CRITERIOS METODOLÓGICOS.....	94
2.8.1. Tipo de Estudio.....	94
2.8.2. Métodos de Investigación para la probanza jurídica social.....	94
2.8.3. Técnicas de Estudio.....	95

### **CAPITULO III**

#### **PROBANZA DE LA HIPOTESIS O RESULTADOS Y DISCUSION**

3.1. VALIDACION Y CONTRASTACION DE LA INVESTIGACION.....	96
3.1.1. VARIABLE 1.....	96
3.1.2. VARIABLE 2.....	97
3.2. PROBANZA DE LA HIPOTESIS.....	98
CONCLUSIONES.....	100
RECOMENDACIONES.....	102
BIBLIOGRAFIA.....	104
ANEXOS.....	108

### **INDICE DE TABLAS**

TABLA N° 01.....	45
TABLA N° 02.....	47
TABLA N° 03.....	64
TABLA N° 04.....	92
TABLA N° 05.....	92
TABLA N° 06.....	93
TABLA N° 07.....	93

## INDICE DE ANEXOS

**Pág.**

ANEXO N° 01.....	109
ANEXO N° 02.....	124

## **GLOSARIO**

- **Alquiler de Útero:** sinónimo de subrogación de útero.
- **Concepción:** Acción y efecto de concebir. Sinónimo de fecundación.
- **Dignidad:** Cualidad de digno. Excelencia, realce. Decoro de las personas en la manera de comportarse.
- **Donante:** Persona que voluntariamente cede un órgano, sangre, etc., destinados para el uso o en beneficio de otra (s) personas que lo necesitan.
- **Embrión:** Ser vivo en las primeras etapas de su desarrollo, desde la fecundación hasta que el organismo adquiere las características morfológicas de la especie. En la especie humana, producto de la concepción hasta fines del tercer mes de embarazo.
- **Esterilidad:** Cualquier fallo total o parcial que presente un individuo en la producción de gametos funcionales (esterilidad gamética) o cigotos viables (esterilidad cigótica).
- **Fecundación:** unión del ovulo maduro y el espermatozoide con fusión del material genético de sus núcleos.
- **Fecundación artificial:** cualquier caso de fecundación que no se realice por procedimientos estrictamente naturales.
- **Fecundación in vitro:** Fecundación en condiciones de laboratorio de un ovulo previamente extraído quirúrgicamente de la mujer por un espermatozoide.
- **Fertilidad:** potencial reproductivo de un individuo medido por la capacidad de producir descendencia viable. La fertilidad normal se da cuando se producen gametos viables en número normal, cuando la unión de los gametos es normal y cuando se produce descendencia viable tras la viabilidad normal de los cigotos, los embriones y los fetos.
- **Feto:** termino con el que se denomina el producto de la concepción desde el final del primer trimestre de embarazo hasta el parto.

- **Gameto:** célula sexual masculina (espermatozoide) o femenina (ovulo).
- **Gestación:** periodo intrauterino del desarrollo de un embrión.
- **Gestación de alquiler:** sinónimo de maternidad de alquiler.
- **Gestación por sustitución:** sinónimo de maternidad de sustitución.
- **Gestación Subrogada:** sinónimo de maternidad subrogada.
- **Implantación:** sinónimo de anidación. Fijación del ovulo fecundado en la superficie del útero.
- **Impotencia:** incapacidad de engendrar o concebir.
- **Infertilidad:** cuando se interrumpe en cualquier etapa la cadena de acontecimientos normales (formación de gametos, fecundación, desarrollo) que ha de originar el nacimiento de un individuo.
- **Inseminación artificial:** introducción del semen dentro de la vagina o en el útero de la mujer por medios diferentes a la copula o acoplamiento sexual.
- **Inseminación heteróloga:** inseminación con semen de otra especie. Algunos autores consideran como sinónimo de IAD.
- **Madre subrogada:** la que ha cedido su útero para la gestación de un embrión que le ha sido trasferido.
- **Maternidad Subrogada:** la que lleva consigo la subrogación de útero.

## LISTA DE ABREVIATURAS

- **FIV:** Fecundación in vitro
- **IA:** Inseminación artificial.
- **IAC:** Inseminación artificial con semen de la pareja
- **IAD:** Inseminación artificial con semen del donante.
- **ART:** Artículo
- **CC.:** Código Civil
- **C.P.P:** Constitución Política del Perú

## **RESUMEN**

El presente trabajo de investigación, se realizó con la finalidad de determinar la filiación biológica en los casos de maternidad subrogada heteróloga, en virtud de la teoría de la voluntad procreacional, la cual recita que, todo nacido mediante la aplicación de la maternidad subrogada heteróloga, tendría como padre y madre, a aquellos que desde un principio fueron autorresponsables por la procreación, rigiéndonos principalmente por lo que se establece en la Doctrina Internacional y Jurisprudencia Nacional, entre otras, y por el tan aclamado Interés Superior del Niño.

Además, debemos señalar que en nuestro ordenamiento jurídico, esta teoría, ya se encuentra prescrita, aunque de forma implícita, como en los casos de adopción; y si funciona en este régimen, ¿por qué, no funcionaría en la determinación de los nacidos mediante TERAS?, si, el resultado es el mismo, de un lado, la posibilidad de ser madre o padre (a aquellos que de forma natural les es imposible), y del otro, la del niño, a tener un entorno familiar, en el que pueda crecer y educarse.

Finalmente, debemos indicar que, la determinación de la filiación, es de suma importancia para cada una de las personas participantes en la maternidad subrogada, sobre todo la del menor, ya que estableciéndose ésta, se podrá dar lugar al Derecho a la Identidad, al Derecho Alimentario y al Derecho Sucesorio; los cuales se encuentran regidos por las normas supranacionales y nacionales.

#### **PALABRAS CLAVES:**

**TERAS, Adopción, Interés Superior del Niño, Filiación, Maternidad Subrogada Heteróloga, Teoría de la Voluntad Procreacional, Nacido, Normas Supranacionales.**

#### **ABSTRACT**



The present study was carried out with the purpose of determining the biological affiliation in cases of heterogeneous subrogated maternity, by virtue of the theory of procreational will, which recites that, all born through the application of surrogate maternity heterologous, would have as father and mother, those who from the beginning were responsible for procreation, being governed mainly by what is established in the International Doctrine and National Jurisprudence, among others, and by the acclaimed Superior Interest of the Child.

In addition, we must note that in our legal system, this theory is already implicit, as in adoption cases; and if it works in this regime, why, it would not work in the determination of those born by TERAS?, if the result is the same, that is, the possibility of being a mother or father, to provide a familiar environment to the one conceived, in which you can grow and educate yourself.

Finally we must indicate that the determination of the filiation, is of utmost importance for each of the people participating in the surrogate motherhood, especially the child, since establishing this, may lead to the Right to Identity, Food Law and the Law of Succession; which will allow them to fully develop their fundamental rights, invoked mainly in supranational and national standards.

## INTRODUCCIÓN

Determinar la filiación del concebido, en la maternidad subrogada heteróloga, en principio, es un derecho intrínseco de todo ser humano, que le permite ser hijo, de un único padre y una única madre reconocidos, quienes tienen la obligación de proporcionar todo lo necesario para el desarrollo integral del mismo; pues sería imposible la existencia de seres humanos sin derecho a la filiación; pues de ser así, se estaría atentando la dignidad, la identidad y el desarrollo de la personalidad de dichos menores.

Por ello, con esta investigación, pretendo dar solución, a la principal consecuencia jurídica que aparece en la etapa final de la maternidad subrogada, nos estamos refiriendo al problema de la filiación, apareciendo interrogantes como: para el Derecho ¿Quién es padre y madre en la maternidad subrogada heteróloga? ¿Será la pareja comitente? ¿La madre subrogada? ¿Los terceros donantes?

Ante ello, mi tesitura es ésta, si bien es cierto la normativa del Estado peruano prohíbe la maternidad subrogada, en la realidad esta técnica médica está siendo usada para la concepción, entonces allí, sería un contrasentido que luego de que, tal técnica alcanzo un resultado favorable (dio lugar a la concepción, gestación y nacimiento de un bebe), se perturbe o desconozca la filiación entre el recién nacido y la pareja comitente. Sin embargo, dicha afirmación, acarrea otros problemas, como, ¿la maternidad es un derecho renunciable? Y si la mujer sustituta es casada, ¿la paternidad también sería un derecho renunciable?

Al respecto, el 06 de diciembre del 2011, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica (Casación N° 563-2011, Ponce de Mier), resuelve el primer caso de maternidad subrogada; dejando establecido que: “...en esta TERA nos encontramos ante un “conflicto de derechos”, de una parte, el de los padres de la menor (contratados), a ejercer su patria potestad y de la otra, el derecho de la menor a tener una familia idónea ...; derechos que no pueden coexistir...pues nos

*encontramos ante padres (contratados), que, premeditadamente, han acordado procrear un ser humano con la finalidad de entregarlo a otras personas, para a cambio recibir un interés económico, lo que dista totalmente de los sentimientos de padres (contratados) que aluden tener” (quinto considerando). Asimismo, que: “... habiéndose acreditado con los informes psicológicos y sociales que la menor se encuentra viviendo en un adecuado ambiente familiar, recibiendo el amor de madre de la demandante, quien pese a no tener vínculos consanguíneos con la misma le prodiga todo lo necesario para su desarrollo integral,..., debe primar que (la menor) los identifica como sus padres y arrancarla de su seno familiar a su corta edad resultaría gravemente perjudicial para su vida...” (Duodécimo considerando).*

Recientemente, el 21 de febrero del 2017, el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional, de la Corte Superior de Justicia de Lima, se pronuncia de forma similar, (Sentencia, Expediente N° 6374-2016, Velásquez Zavaleta). Sin embargo, el problema que se presenta, en la etapa final de la Maternidad Subrogada heteróloga, esto es, la determinación de la Filiación Biológica del concebido, requiere soluciones estructurales y la jurisprudencia obtenida hasta la fecha, solo apunta a solucionar aspectos puntuales (generalmente aquellos aspectos que más llamaron la atención del público) pero sin atacar realmente los problemas de fondo y frecuentemente, solo pronunciándose por la pretensión demandada, y no por los derechos conexos a esta pretensión, que es materia de la presente investigación.

Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Republica, ha resuelto por primera vez, un caso de determinación de la filiación, en un caso de maternidad subrogada; aunque si bien lo ha hecho desde las normas de adopción por excepción, nada impedía que el Tribunal se pronuncie sobre una cuestión tan controvertida como la determinación de la filiación en la maternidad subrogada, que hasta el momento no ha recibido una respuesta expresa por parte de nuestro ordenamiento jurídico, aunque sí de la doctrina y de la jurisprudencia comparada. Por ello, resulta necesario que se resuelva el problema de la determinación de la filiación en los casos de maternidad

subrogada, en su variante heteróloga, ya que ello abre puerta al Derecho a la Identidad, al Derecho Alimentario y al Derecho Sucesorio.

Esta situación, establece un conflicto entre el interés superior del niño, a tener una familia y el derecho de los padres sustitutos, el querer ejercer la patria potestad del mismo; prevaleciendo el primero, ya que, el comportamiento de la gestante y su pareja, siempre estará basado, desde un principio, a renunciar al menor a cambio de dinero u otra ventaja patrimonial, no habiendo deseado la llegada de aquel niño.

En el presente trabajo de investigación, desarrollaremos los siguientes capítulos: Capítulo I: Interés Superior del Niño, Capítulo II: Técnicas de Procreación Humana Asistida, Capítulo III: Maternidad Subrogada, Capítulo IV: Hacia una nueva concepción de Paternidad y Maternidad, Capítulo V: Filiación biológica de los concebidos por Maternidad subrogada heteróloga.

# **CAPITULO I**

## **MARCO TEÓRICO**

### **1.1. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**

#### **1.1.1. El niño como destinatario de la ley y la aplicación de la Convención sobre Derechos del Niño (1989).**

La Convención reconoce principios fundamentales, como el principio, el cual precisa que, el niño, en virtud de su especial vulnerabilidad requiere una consideración especial” (Preámbulo CDN); el interés superior del niño (art. 3 CDN); el derecho a la identidad, en sentido amplio, es decir el niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho a: un nombre, una nacionalidad y a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, en la medida de lo posible (arts. 7, 8, 9, 10, 11, 16, 20, 22, 29, 30 CDN); entre otros.

En este marco, un primer tema crítico al momento de considerar la regulación jurídica de las técnicas de fecundación artificial, entre ellas la maternidad subrogada, es el referido a ¿quiénes son los destinatarios de la ley?

Así, un buen sector de la doctrina considera que toda ley referida a estas técnicas debe necesariamente dar prioridad a los derechos del niño concebido y a su interés superior, por ser el principal afectado por las mismas (Moran de Vicenzi & Gonzales Perez de Castro, 2013, págs. 62-63).

### **1.1.2. El Interés Superior del Niño**

Uno de los principios que informa el régimen de filiación, conjuntamente con el favor veritatis, es el principio del interés del hijo o *favor filii*, el cual está destinado a proteger los derechos e intereses del hijo (Placido, 2008).

Con la Constitución Nacional de 1993, la Convención sobre Derechos del Niño adquiere jerarquía constitucional (Cuarta Disposición Final y Transitoria). Con ello ha quedado consagrado el principio de interés superior del niño (art. 3 CDN) como un precepto fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, el cual se encuentra legislado en el artículo IX del Título Preliminar de nuestro Código de los Niños y Adolescentes.

Por consiguiente, en los casos de controversias entre derechos de niños y derechos de adultos, la cuestión debe resolverse en favor de los primeros, en respeto a los derechos fundamentales del niño consagrado en la Convención (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, 1989).

En el caso de las TERAS, unos sostienen que con el uso de las técnicas no se viola de ninguna manera el interés superior del niño, sino que por el contrario, se lo fomenta, ya que en este caso, el interés del niño estaría representado por su existencia lo cual es indudablemente mejor a no existir. Más aún, en el campo de la filiación, por naturaleza se observa, con frecuencia, una importante cantidad de niños que nacen cuando los progenitores deciden, después de haber organizado y programado su llegada cuando las condiciones familiares son las adecuadas. Esta connotación se extiende a la filiación derivada de las TERAS en la cual, precisamente, la voluntad procreacional constituye un elemento fundamental para que una persona nazca, se le cuide, proteja y desee (Moran de Vicenzi, 2005).

Este principio, no solo abarca el derecho a la vida, sino también, los derechos del niño a tener una familia (ser criado por la doble figura parental, padre y madre); a su integridad psíquica; a tener una identidad genética, biológica, jurídica y social; en definitiva, el derecho a que se respete su dignidad como persona, sujeto de derechos. En cualquier caso, la aplicación de este principio no puede ser ilimitado e irracional, por lo que se pueden señalar tres límites: a) la racionalidad en la apreciación de los hechos, b) evitar todo perjuicio al bienestar espiritual de los hijos, y c) la protección de los derechos del niño consagrados a nivel internacional (Moran de Vicenzi & Gonzales Perez de Castro, 2013, págs. 62-63).

En orden a la filiación el principio favor filii es un contrapeso del principio de veracidad biológica, ya que como se ha señalado anteriormente, la filiación es un vínculo complejo en el que tan importante como el presupuesto biológico lo son los aspectos afectivos y sociales, por lo que el interés superior del niño también exige que, al momento de resolver, el juez tome en cuenta la necesidad del niño de mantener una relación familiar estable (principio de estabilidad del estado civil), procurando evitar cualquier variación que pueda afectar su desarrollo intelectual o afectivo, a menos que lo aconsejen las especiales circunstancias del caso (Moran de Vicenzi & Gonzales Perez de Castro, 2013, págs. 62-63).

### **1.1.3. ¿Derechos vulnerados?**

Muchos consideran que la gestación por sustitución, supone una violación de la dignidad del niño nacido fruto de la misma, ya que señalan, que el niño es tratado, como objeto de un derecho, al disponer de él, (Montero, 2015, pág. 230). O también, cuando no es aceptada, en el país de destino, la filiación admitida en el país de origen, como sucede en España (García Amez, 2014, pág. 150).

Asimismo, consideran que, desde el punto de vista del niño, la rescisión del ligamen con la madre uterina resulta lesiva al derecho al pleno desarrollo de la propia personalidad, configurando una suerte de abandono legalizado (Corral Garcia, 2013, pág. 65); situaciones que colocarían en una total desprotección jurídica, al concebido mediante las TERAS. Así, lo ha entendido nuestro legislador, al prohibir en el artículo 7 de la Ley General de Salud, la maternidad subrogada.

Pero... ¿haber nacido de una gestación por sustitución puede ser un atentado a la dignidad del niño/a? ¿Al desarrollo de su personalidad?

Precisamente, Diana Guerra, citada por Igareda Gonzales, señala que, las investigaciones realizadas sobre niños/as concebidos mediante estas técnicas muestran que su desarrollo psicológico y salud mental es absolutamente comparable a los niños/as concebidos de manera natural. Precisando que: “Mientras ese nuevo ser tenga el derecho de conocer en un momento dado, y si así lo desea, cuáles son sus orígenes biológicos, no existen verdaderos argumentos para considerar su dignidad violentada” (Igareda Gonzales, 2014, págs. 182-183).

De no ser así, ello podría suponer una clara violación del derecho del menor a conocer sus orígenes, derecho que ha sido impuesto en el Convenio Internacional de Derechos del Niño de 1989 (Moran de Vicenzi & Gonzales Perez de Castro, 2013, págs. 62-63).

Al mismo tiempo, debemos tener en cuenta que, el derecho a la identidad biológica del hijo puede encontrar límites en el derecho a la intimidad, al honor o a la reputación de la madre que se niega a darle a conocer el nombre de su padre o las circunstancias en las que fue concebido (Igareda Gonzales, 2014, págs. 182-183).

Además, se ha demostrado de manera extensa, que un niño/a, concebido de forma natural o mediante TERAS, únicamente necesita de un entorno familiar estable,



donde sea deseado, cuidado y atendido, para un crecimiento con total normalidad, y de donde reciba un amor incondicional (Montero, 2015, págs. 230-234).

También, el hecho de recurrir a las TERAS, esto es, el ejercicio de los derechos reproductivos, se enmarca en el «libre campo de autodeterminación», donde todo individuo puede ejercer sus elecciones personales conforme a sus propios valores y principios sin intromisión ajena, que garantiza el propio proyecto de vida sin interferencias arbitrarias de terceros, es inclusive mucho más amplio que el concepto bioético de autonomía, entendido este último como el derecho de todo individuo a tomar las decisiones en orden al cuidado de la salud, luego de ser informado de manera adecuada, completa y veraz por el profesional (Lalupú Sernaqué, 2013).

Siguiendo esta corriente de pensamiento, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe N° 85/10, de 14 de julio de 2010, recomendó a Costa Rica levantar la prohibición de la fecundación in vitro, ya que la misma supone una invasión del Estado en la privacidad y en la vida sexual y reproductiva de las parejas que quieren recurrir a dicha técnica, violándose los artículos 11, 17 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Corral Garcia, 2013, pág. 68).

Apelando al Interés Superior del Niño, es que, cada gobierno, debe brindar protección igual o similar, al concebido mediante la maternidad subrogada, esté o no esté prohibida, pues ya estamos hablando de una forma peculiar de vida humana; teniendo en consideración que la vida es un bien objetivo y básico que no es comparable al resto de los derechos de la persona. Al respecto la Convención Americana de Derechos del Hombre de 1969 establece esa protección extensa de la vida humana desde el inicio, porque en ninguna fase prenatal el concebido puede ser cosa y, por tanto, objeto de disposición ni siquiera para los que permitieron su creación (Moro Almaraz, 1988, pág. 142).

## **1.2. TÉCNICAS DE PROCREACIÓN HUMANA ASISTIDA**

### **1.2.1. Generalidades**

Por muy novedoso que sea el tema, es evidente que la procreación humana es un hecho tan antiguo como la humanidad misma. “Todo ser humano – dice ROSTAND J., citado por Moro Almaraz – comienza su existencia personal bajo la forma de una simple célula, ínfimo glóbulo de gelatina traslucida, el huevo. Este huevo resulta de la fusión de dos células, salidas, respectivamente, del cuerpo de los padres” (Moro Almaraz, 1988, págs. 209-210). Mientras el padre solo puede suministrar una célula, la madre además de aportar la que le corresponde, lleva adelante nueve meses de gestación (Moro Almaraz, 1988, pág. 210).

Ahora bien, para que el embarazo normal o natural se produzca, han de darse, entre otras, las siguientes circunstancias (Miranda Canales, 1995, pág. 5):

- a) Que el varón produzca semen en los testículos con las propiedades adecuadas para la fecundación.
- b) Que la mujer produzca un ovulo maduro en uno de los aproximadamente 200,000 folículos de cualquiera de sus ovarios.
- c) Que el espermatozoide del semen se encuentre con el ovulo y lo fecunde.

Dicho lo anterior, podríamos decir que, la procreación humana es el proceso libre y natural entre un hombre y una mujer, quienes en unión coital conciben y traen al mundo a un nuevo ser sin la presencia de terceros extraños a esa relación marital, de convivencia o de pareja<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Excluimos a los embarazos productos de violaciones sexuales por no ser libres ni queridos por los sujetos.

Sin embargo, no todos pueden generar vida humana, es decir un embarazo normal; ya que existen diversos problemas que impiden a las parejas convertirse en padres, como la infertilidad y la esterilidad<sup>2</sup>, entre otros males congénitos, como alteraciones en la producción del semen o del ovulo, en su calidad o en su capacidad para la fecundación, o alteraciones anatómicas o bioquímicas de los órganos que los producen o con los que contactan, o dificultades de la pareja para realizar normalmente el coito (Miranda Canales, 1995, pág. 5).

Todas estas situaciones, han dado lugar a que las ciencias médicas como la biología, la genética, la biomedicina, descubrieran las llamadas técnicas de procreación humana como “remedio” a dichos males (Lalupú Sernaqué, 2013, pág. 49); llegando, en varios casos, a conseguir un hijo en un laboratorio humano (Moran de Vicenzi & Gonzales Perez de Castro, Los acuerdos de maternidad subrogada en el Perú. A propósito del primer caso de maternidad subrogada, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Republica, 2013, pág. 44), sin recurso a la copula natural; imponiéndose de esta manera, el deseo de las personas a tener prole; ante ello María Pía Garabaglia, citada por Lalupú Sernaqué, nos recuerda que: “Los deseos no son derechos, y los niños no son objetos de consumo” (Lalupú Sernaqué, 2013, pág. 50).

### **1.2.2. Antecedentes**

El hecho que condujo a demostrar el éxito de estas técnicas, en cuanto a la procreación humana, fue el ocurrido el 25 de julio de 1978, cuando el mundo entero fue conmovido por la noticia del nacimiento del primer bebe probeta (concebido fuera del seno materno), Louise Brawn (Garcia Pedrero, 1995, pág. 5), mediante la fecundación de un ovulo de su madre, lograda en laboratorio (fecundación in vitro) y que luego el ovulo fecundado, huevo o cigote, fue implantado en el útero de la madre,

---

<sup>2</sup> La **esterilidad** es la incapacidad para concebir y la **infertilidad** la imposibilidad para finalizar la gestación con el nacimiento de un niño sano (Corral Garcia, 2013).

en donde cumplió normalmente las etapas del desarrollo fetal que culminó en el alumbramiento exitoso de una niña, en Manchester, Gran Bretaña.

Monroy Cabra, citado por Lalupú Sernaqué, precisa que, con aquel suceso se demostró que la concepción de un ser humano podía producirse fuera del vientre de la madre, bajo el control de la ciencia y de la medicina (Lalupú Sernaqué, 2013, pág. 54). Desde esa fecha hasta la actualidad se han presentado muchos nacimientos de esa naturaleza:

1. En 1981 nace la segunda bebé probeta, Amandine, en Australia (Lalupú Sernaqué, 2013, pág. 54).
2. El alumbramiento por fecundación in vitro: de Victoria Ana, ocurrido en Barcelona, el 12 de julio de 1984 (Diario de Navarra, 2014); de José Ángel, en la Residencia Sanitaria de Cruces, Visca en 1985 (El País, 2010); y de muchos otros más en diversas partes del mundo.
3. El nacimiento de Zoe (República de Costa Rica, 1996, pág. 8) “la niña que surgió del hielo”, primera niña nacida en Australia a partir de un embrión congelado, en la primera mitad de 1984.
4. El congelamiento de embriones en Melbourne (El País, El destino de dos embriones humanos congelados cuyos padres fallecieron apasiona a la opinión pública australiana, 1984), Australia, cuyos padres genéticos habían fallecido en un accidente aéreo, planteándose la cruda realidad del Estatuto Jurídico del Embrión Crioconservado, incluyéndose la vocación sucesoria de aquellos “embriones huérfanos”.
5. El depósito y recuperación de gametos encomendados a bancos específicos y la desaparición del depositante y el estado de soltería, o viudedad de quienes pretendían la inseminación artificial, como el caso de la viuda francesa, Corinne

Parpalaix (El País, 1985), que anduvo por los estrados judiciales en pos de la recuperación del esperma de su difunto marido, habiendo conseguido resolución favorable en 1984, comentándose unas veces como “sentencia histórica”, “esperma de hielo” u otras como “padre fantasma” y “bebe espectáculo”.

6. En 1992, los científicos belgas perfeccionan un método que permitió superar los casos más severos de esterilidad masculina mediante la inyección directa de un espermatozoide en el citoplasma del ovulo (ICSI) (Lalupú Sernaqué, 2013, pág. 54).

Hoy en día las técnicas de procreación humana están siendo aplicadas, con regulación o sin ella, pero con muchísimo éxito (Lalupú Sernaqué, 2013, pág. 56), lo cual tiene implicancias éticas y jurídicas sobre la vida humana, lo que de por si resulta peligroso.

### **1.2.3. Definición**

La jurista argentina María Victoria Famá, citada por Lalupú Sernaqué, afirma que la fertilización asistida involucra distintos métodos o vías para llegar a la reproducción humana, tanto aquellos por los que se alcanza la concepción sin copula u otros que, si bien no la descarta, requieren de la intervención médica (profesionales de la salud) para alcanzar el embarazo (Lalupú Sernaqué, 2013, pág. 53).

Por su lado, nuestro jurista Varsi Rospigliosi, citado por Lalupú Sernaqué, las define como aquellos métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad u otros males congénitos en las personas, brindándoles la posibilidad de tener descendencia. Al mismo tiempo señala que en ningún caso podemos decir que representan una terapia, puesto que nada curan, solamente palian los efectos de la esterilidad (Lalupú Sernaqué, 2013, pág. 52).

#### 1.2.4. Justificación

El jurista chileno Corral Talciani, citado por Lalupú Sernaqué, sostiene que para la justificación del empleo de dichas técnicas se ha invocado, sobre todo en los primeros años, el derecho que tendría la pareja aquejada por una esterilidad a demandar las acciones sanitarias que pudieran poner término a ese frustrante impedimento, siendo estas, un remedio a la infertilidad humana (Lalupú Sernaqué, 2013, pág. 53).

Para la Dra. Ingrid Brena Sesma, los índices de infertilidad se han incrementado en el mundo entero en forma alarmante. Durante los últimos años, esta circunstancia ha propiciado que un número cada vez mayor de personas con algún tipo de problema decida acudir a las TRA (Brena Sesma, 2014, pág. 134).

De igual parecer, es el jurista italiano Donato Busnelli, citado por Lalupú Sernaqué, cuando sostiene que las principales leyes europeas sobre la fecundación asistida parten de la consideración de la infertilidad como patología (del individuo y/o de la pareja), al cual es justo poner remedio. Asimismo señala que, la infertilidad asume, en este contexto, un rol fundamental: esta condiciona el acceso a las técnicas de fecundación asistida por parte de las parejas (de cónyuges o convivientes *more uxorio*) o, en algunos sistemas (como el español), también solo de la mujer (Lalupú Sernaqué, 2013, pág. 53).

Con todo lo expuesto, podríamos afirmar que, es la infertilidad en la pareja (el subrayado es nuestro), la justificación de las técnicas de procreación humana asistida; por lo tanto, su utilización debe ser supletoria o residual, de manera que se debe acudir a ellas, solo cuando existen deficiencias biológicas acreditadas clínicamente, que impidan concebir de manera natural, es decir, cuando la fecundación natural ha fracasado.

La definición clínica más actualizada emitida por el Comité Internacional para el Monitoreo de las Tecnologías de Reproducción Asistida y la Organización Mundial de la Salud establecen que la infertilidad “es una enfermedad del sistema reproductivo definida por la imposibilidad de alcanzar un embarazo clínico luego de haber mantenido relaciones sexuales sin protección durante doce meses o más” (Brena Sesma, 2014, pág. 137).

No obstante, las prácticas de procreación artificial *post mórtem*, y de mujer sola o varón solo, parecen desafiar su justificación (Lalupú Sernaqué, 2013, pág. 54).

#### **1.2.5. Clases**

##### **A. Inseminación Artificial (IA)**

Corral Talciani, citado por Lalupú Sernaqué, señala que, es una técnica de procreación asistida que consiste en introducir en los órganos genitales femeninos el semen por medio distinto del contacto sexual (Lalupú Sernaqué, 2013, págs. 56-57).

Por su parte Zannoni, citado por Lalupú Sernaqué, señala que, previa extracción del semen, este es introducido en la vagina, en el cuello del útero (inseminación intracervical) o directamente en el interior del útero (inseminación intrauterina) (Lalupú Sernaqué, 2013, pág. 57). Este procedimiento puede ser realizado con semen del marido o con el semen de un tercero.

Por ello, se clasifica en:

##### **a) Inseminación Artificial Homologa o Interconyugal (IAC)**

En este tipo de inseminación artificial, el proceso procreativo se realiza con el aporte del material genético de la misma pareja que desea procrear, es decir, es el marido o compañero estable, en caso de uniones de hecho, el que otorga el semen (Lalupú Sernaqué, 2013, pág. 57).

Zannoni, citado por Lalupú Sernaqué, refiere que, esta modalidad se practica en los casos en que, a pesar de ser ambos cónyuges fértiles, la fecundación no es posible a través del acto sexual. Ello puede deberse a muchos factores, como la impotencia del hombre, el vaginismo de la mujer, trastornos endocrinos, el propio metabolismo, secreciones vaginales (que neutralizan los espermatozoides), o alteraciones del cuello del útero, entre otras (Lalupú Sernaqué, 2013, pág. 57).

#### **b) Inseminación Artificial Heterologa o Supracónyugal (IAD)**

En este caso, el proceso procreativo se realiza con el aporte de material genético de un tercero extraño a la relación conyugal, quien asume el papel de donante de gametos.

Zannoni, citado por Lalupú Sernaqué, refiere que, este tipo de inseminación se ha practicado, tradicionalmente, cuando el marido es estéril – azoospermias o necropermias – y también en casos de incompatibilidad del factor Rh; incluso, si el marido es portador de anomalías cromosómicas transmisibles, aunque fuese fértil (Lalupú Sernaqué, 2013, pág. 58).

#### **B. Fecundación extracorpórea (FEC) o fertilización in vitro (FIV)**

La fecundación homologa o heteróloga puede utilizar la fertilización in vitro (en adelante FIV). Esta técnica consiste en extraer un óvulo de los ovarios de la mujer para



proceder luego a su fertilización con espermios del varón en un medio extracorpóreo (capsula de Petri) (Lalupú Sernaqué, 2013, págs. 58-59).

Para Corral Talciani, citado por Lalupú Sernaqué, como complemento de la FIV se presenta la transferencia de embriones (TE), que consiste en trasladar uno o más huevos fecundados en medio extracorpóreo al útero para que se inicie en dicho lugar la gestación (Lalupú Sernaqué, 2013, pág. 59).

O como dice Varsi Rospigliosi, citado por Lalupú Sernaqué, se busca la unión del espermatozoide y el ovulo en una probeta (Lalupú Sernaqué, 2013, pág. 59).

Según Zannoni, citado por Lalupú Sernaqué, esta técnica suele practicarse en los casos de obstrucción de las trompas – obstrucción tubarica – que impide el encuentro del ovulo y los espermatozoides mediante el coito, caso en que se procede, previa una superovulación provocada en la mujer, a la extracción de los óvulos para su fecundación utilizando semen del marido o de un tercero. La extracción de los óvulos se obtiene mediante la utilización del laparoscopio (laparoscopia), aunque también se emplea el método de punción folicular para aspirar óvulos mediante ecografía, evitándose así la cirugía laparoscópica que exige anestesia general de la paciente. Después de obtener los óvulos y fecundarlos, se trasladan al útero un cierto número de embriones (dos, tres o cuatro a lo sumo), cuando están en condiciones de iniciar su fijación o anidación (Lalupú Sernaqué, 2013, pág. 59).

Siguiendo la clasificación del Olguín Brito, citado por Moran de Vicenzi & Maricela Gonzales, las técnicas de fecundación asistida se distinguen en dos grupos: según el lugar donde ocurre la fecundación y según la procedencia de los gametos utilizados. Dentro del primer grupo, las técnicas se dividen en intracorpóreas, cuando la fecundación se produce dentro del cuerpo de la mujer a través de la introducción de espermia en el interior de sus órganos genitales, conocida como inseminación artificial. Extracorpóreas, cuando la fecundación se produce fuera del cuerpo de la mujer,

conocida como fecundación in vitro. Según la procedencia de los gametos, las técnicas pueden ser homólogas, cuando la fecundación se realiza con los gametos femeninos y masculino de quienes serán los padres; y heteróloga, cuando los gametos femeninos y/o masculinos provienen de un tercero, una persona ajena y, por lo general, anónimo (Moran de Vicenzi & Gonzales Perez de Castro, 2013, pág. 44)

### **1.2.6. Enfoques Constitucionales**

La Constitución, es la norma fundamental que sustenta todo el sistema jurídico y que constituye el parámetro que determina la vida social en los Estados; por ello, al momento de legislar, Vargas Llosa, citado por Lalupú Sernaqué, precisa que, se tiene que examinar las técnicas de procreación humana asistida que deben ser admitidas a la luz de los valores y principios imperantes en cada sociedad y que están recogidos en el acuerdo mayoritario – Constitución – que el pueblo democráticamente acepto y se obligó a respetar (Lalupú Sernaqué, 2013, pág. 62).

Posner y Carter, citados por Donato Busnelli, citado por Lalupú Sernaqué, nos dicen por ejemplo que, en el *Common Law* norteamericano, el cual sigue un modelo constitucional fundado en el *Right of Privacy*, cuando se habla de procreación humana asistida prevalece una cultura libertaria, desarrollándose con preocupantes acentos *the Culture of Disbelief* (la cultura de la incredulidad), que tiende a *trivialize moral and religious ideas* (trivializar las ideas morales y religiosas) (Lalupú Sernaqué, 2013, pág. 65).

Donato Busnelli, citado por Lalupú Sernaqué, precisa que, cuando se habla de experiencias legislativas muy liberales o liberales, como en el caso de España y Reino Unido, se debe entender por dicha expresión, la orientación que tiene la norma, es decir, si es abierta o cerrada, o también si es permisiva o prohibitiva. En dichos Estados, las

técnicas de fecundación se aplican con mayor amplitud solo con mínimas restricciones (Lalupú Sernaqué, 2013, págs. 65-66).

Donato Busnelli, citado por Lalupú Sernaqué, nos da otro ejemplo, lo encontramos en la ley francesa, la cual no sigue el modelo constitucional americano, sino que se inclina por un sistema funcional al modelo familiar tradicional, fundado sobre una reglamentación cerrada, que trae una serie de coherencias normativas, estableciendo que el acceso a la procreación asistida está reservado a una pareja formada por un varón y una mujer vivos, en edad de procrear, casados, o en grado de proporcionar prueba de una vida en común de al menos dos años, quedando firme que la asistencia médica tiene por propósito remediar la infertilidad cuyo carácter patológico ha sido diagnosticado medicamente, o bien el de evitar la transmisión al niño de una enfermedad particularmente grave (artículo 152-2) (Lalupú Sernaqué, 2013, pág. 67).

Donato Busnelli, citado por Lalupú Sernaqué, nos señala también que, la ley austriaca establece en su artículo 2 que, la reproducción asistida está permitida únicamente al interior del matrimonio o de una análoga relación de convivencia; pero también al menor procreado con el esperma de un tercero y que haya alcanzado los catorce años de edad, le da el derecho de conocer todos los datos relativos al donador (artículo 20) (Lalupú Sernaqué, 2013, pág. 67).

Donato Busnelli, citado por Lalupú Sernaqué, nos señala también que, la ley noruega N° 68 del 12 de junio de 1987 en el artículo 4, concerniente a la fecundación artificial, y también el artículo 12, señala que, la fecundación in vitro puede suceder solo con los gametos de la pareja. En idéntico sentido, la ley sueca N° 711 del 14 de junio de 1988 (artículo 2, n.3) (Lalupú Sernaqué, 2013, pág. 68).

En lo que respecta al Perú, el modelo que adopte, debe tener como opción de fondo aquel que sea coherente con el sistema de valores y principios recogidos en la

norma constitucional, la cual pone en el vértice a la dignidad humana (artículos 1, 3 de la Constitución), al respeto a la vida desde la concepción, siendo el concebido sujeto de derecho para todo cuanto le favorece (artículo 2.1 de la Constitución) y a la protección constitucional de la familia como institutos naturales y fundamentales de la sociedad (artículos 4 y 7 de la Constitución). En igual sentido, las normas del Código Civil (artículo 1, 233 del CC) y el Código de los niños y adolescentes (artículo I del T.P. y 1); lo cual nos aconseja a ser coherentes al momento de legislar (Lalupú Sernaqué, 2013, pág. 68).

Hay que tener claro también, que en el campo de la reproducción asistida no existe un enfoque legislativo uniforme al respecto – quizá se deba a los diversos patrones culturales y éticos que rigen en cada sociedad –; como bien lo ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, afirmando que, al no haber uniformidad, los Estados cuentan con un margen amplio de apreciación tanto para su intervención normativa como, una vez intervenido en su regulación establecida, para poder encontrar un equilibrio entre los intereses encontrados, ya sean públicos y/o privados, equilibrio que debe ser coherente a efectos de poder evitar discriminaciones (TDEH, 2010).

En el ámbito Europeo, varios países cuentan con una legislación sobre fecundación artificial. Pueden distinguirse dos corrientes. En la primera destacan, principalmente, las legislaciones de Alemania, Italia, Suecia, Suiza, Noruega y Austria y, en la segunda, las de España, y Reino Unido.

Las legislaciones del primer modelo permiten la aplicación de estas técnicas solo si se respetan la dignidad de la persona y, concretamente, el interés del hijo de tener una familia biparental compuesta, en la medida de lo posible, por su madre y por su padre por naturaleza. Se tiende a reconocer al hijo el derecho a una maternidad, no disociada y a la propia identidad, de forma que si en algunos casos se admite la donación de espermatozoides, se reconoce siempre al hijo el derecho a conocer la identidad de

su padre biológico. La preocupación fundamental es la de evitar el recurso a procedimientos artificiales excesivos e intento de hacer coincidir los vínculos biológicos con los sociales (Moran de Vicenzi & Gonzales Perez de Castro, 2013, pág. 45).

Las legislaciones del segundo modelo tienden a suprimir cualquier obstáculo jurídico susceptible de impedir la aplicación de las técnicas aludidas, sin dar al nacido, a excepción de Reino Unido, la posibilidad de conocer la identidad de sus progenitores y, por tanto, con garantía de anonimato para el donante de material genético.

### **1.2.7. Su aplicación en la Maternidad Subrogada.**

Debemos aclarar, que las técnicas de procreación humana asistida, inseminación artificial como fecundación in vitro, son métodos o vías para llegar a la fecundación y posterior concepción humana<sup>3</sup>.

Pero luego, existe otro problema por resolver, esto es, la gestación<sup>4</sup> humana; pues, ¿qué sucedería si la mujer, que conforma la pareja que desea tener un hijo (a), no puede llevar a término el embarazo, es decir, es infértil?<sup>5</sup>

Con la finalidad de dar solución a este otro problema biológico, es que nace la técnica denominada, maternidad subrogada, mediante la cual, se le encarga a una mujer que lleve a término la gestación y nacimiento de un niño concebido mediante técnicas de reproducción asistida, es decir, puede ser fecundada con el semen del marido o puede recibir el implante de un embrión ya concebido in vitro.

---

<sup>3</sup> Fecundación, es cuando el espermatozoide se une con el ovulo; mientras que, concepción, es cuando el ovulo fecundado se inserta en el útero (Moro Almaraz, 1988).

<sup>4</sup> La gestación es el periodo de tiempo comprendido entre la concepción y el nacimiento (Corral Garcia, 2013).

<sup>5</sup> El embarazo se inicia con la fecundación y termina con el parto (Fresnedo de Aguirre, 2016).

### **1.3. MATERNIDAD SUBROGADA**

#### **1.3.1. Antecedentes**

Annas George J. citada por Ingrid Brena Sesma, nos cuenta que, la historia de la maternidad subrogada comienza en California en 1975, cuando un periódico de la ciudad publica un anuncio en el cual se solicita a una mujer que acepte ser inseminada artificialmente a petición de una pareja estéril y por tal servicio ofrecía una remuneración. La idea fue de un abogado quien encontró una manera de ayudar a las mujeres que quedaban viudas por la guerra de Vietnam. Su intención fue que las parejas infértiles cumplieran su deseo de ser padres y las mujeres, viudas de guerra, tuvieran dinero para sostener a sus familias (Brena Sesma, 2014, pág. 135).

De esos años a la fecha, los procedimientos de maternidad subrogada se han multiplicado en forma considerable. De acuerdo con algunas agencias de maternidad subrogada, existen aproximadamente unos 25,000 casos de subrogación materna en Estados Unidos en los últimos 15 años (creando familias, s.f.). En muchos países, como el Perú, al no ser considerada la maternidad subrogada como un procedimiento legal no se pueden obtener estadísticas ni datos confiables de la cantidad de procedimientos de maternidad subrogada que se desarrollan en el mundo.

#### **1.3.2. Definición**

La maternidad subrogada, conocida también como gestación por sustitución o vientre de alquiler, puede definirse como el contrato por el que una persona o, más habitualmente, una pareja comitente (homosexual o heterosexual, casada entre sí o unida de hecho), que a su vez pueden aportar o no sus gametos, encarga a una mujer que lleve a término la gestación –aportando o no su ovulo- y nacimiento de un niño concebido mediante técnicas de reproducción asistida, a cambio de una prestación

económica o a título gratuito. Tras el nacimiento, la parte comitente es quien se queda con el niño, de manera que éste figura legalmente como hijo de la persona o pareja que lo encargó, renunciando la madre portadora a filiación materna que le corresponde (Moran de Vicenzi & Gonzales Perez de Castro, Los acuerdos de maternidad subrogada en el Perú. A propósito del primer caso de maternidad subrogada, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Republica, 2013, pág. 49).

El contrato de Gestación por Sustitución es un contrato de derecho civil mediante el cual una mujer previamente seleccionada se compromete a cambio de una contraprestación normalmente dineraria, o por un sentimiento altruista, a dejar que se le implante un ovulo fecundado de otra mujer o, un embrión a cuya procreación ha colaborado con la donación de un ovulo propio fecundado mediante inseminación con el espermatozoides de un hombre diverso de su marido o compañero permanente (si los tiene) con la obligación de entregar al hijo después de su nacimiento a la (s) otra (s) parte (s) contratante (s) (Belloso Martin, 2015, pág. 198).

La Maternidad Subrogada o gestación por sustitución, también conocida como vientre de alquiler, consiste en que una mujer accede a gestar un bebe que se le implanta en su útero, de un ovulo propio o ajeno, renunciando a su filiación y derechos sobre el niño a favor de otra persona o pareja (Martinez Aleman, 2017, pág. 61).

Martha Paola Martínez Chávez considera que la maternidad gestante es aquella TRA en la que, mediante la fecundación in vitro o inseminación artificial, se logra un embarazo previo acuerdo entre una mujer (casada, concubina o soltera), que se compromete a llevar a cabo la gestación y en la que en algunos casos aporta el ovulo, y otra u otras personas (casados, concubinos o solteros), para entregar el hijo y abandonar toda pretensión de maternidad (Martinez Chavez, 2012, pág. 75).

El jurista italiano Michelle Sesta, citado por Luis Alberto Lalupú Sernaqué, considera que la llamada maternidad subrogada es aquel en donde una mujer adquiere

la obligación de llevar a término un embarazo por cuenta de una pareja estéril (la mujer no puede llevar a término la gestación), a la que se compromete a entregar al niño; la mujer que se presta a ello puede ser fecundada con el semen del marido o puede recibir el implante de un embrión ya concebido in vitro (Lalupú Sernaqué, 2013, pág. 104).

La mayoría de las definiciones que hemos tomado en cuenta, denotan a la maternidad subrogada como un contrato, lo cual implica diversos aspectos legales y bioéticos a tratar, pero que no son materia de esta investigación. Lo que si afirmamos es que, a partir de la maternidad subrogada, una mujer gesta el embrión (es) de una pareja de esposos o concubinos, reemplazando en la gestación a la esposa o concubina, debiendo entregar al menor una vez producido el nacimiento (Leon Ortiz, 2015, pág. 119).

### **1.3.3. Partes intervinientes**

En la maternidad subrogada intervienen hasta tres partes principales: a) la parte contratante o comitente; b) la mujer que dispone de su útero para llevar a cabo la gestación, madre subrogada; c) uno (s) tercero (s) anónimo (s) o conocido (s).

#### **1.3.3.1. Parte comitente**

Puede ser una persona o una pareja que quiera lograr tener un hijo, cuando ellos mismos no lo pueden engendrar o gestar (Brena Sesma, 2014, pág. 136).

Cuando hablamos de pareja, nos estamos refiriendo a los matrimonios y a las parejas estables, es decir a los convivientes. Estos últimos, por tener reconocimiento constitucional conforme lo establece el artículo 5 de la Constitución y el artículo 326 del Código Civil.



El matrimonio se presenta como el receptor o destinatario por excelencia (Moro Almaraz, 1988, pág. 181). En el caso de la pareja en concubinato, Santo Tomas, citado por Moro Almaraz (Moro Almaraz, 1988, pág. 181), señala que, éste requiere de estabilidad e indisolubilidad para ser objeto de aplicación de estas técnicas de reproducción.

Tradicionalmente, era impensable que una vez muerto el esposo, la mujer viuda pudiera concebir con el mismo material genético de su esposo o conviviente. Sin embargo, ahora, dado el avance de la biomedicina, al menos fácticamente, ello es posible. Por ejemplo, si el esposo o conviviente dejó congelado en vida su semen o algunos embriones de una anterior inseminación artificial de su pareja permanecen congelados, su mujer o conviviente puede implantarse dichos embriones o ser inseminada con el semen congelado del difunto procreando un hijo biológico de ambos, pero que este hijo no podrá conocer (Lalupú Sernaqué, 2013, pág. 84).

En la última afirmación está la respuesta, al porqué, no se debe admitir este tipo de técnica *fecundación post mortem*, y como bien lo dice, el jurista italiano Francesco Donato Busnelli, citado por Lalupú Sernaqué, inspirado en el principio de responsabilidad y atendiendo al *best interest* del (futuro) hijo, “los aspirantes a progenitores no cumplirán con salvaguardar el modelo de una familia estable” (Lalupú Sernaqué, 2013, pág. 85).

Del mismo pensamiento, es el jurista argentino Zannoni, citado por Lalupú Sernaqué, quien justifica la prohibición, por cuanto la procreación cumple, además de una función biológica, una institucional socialmente, que solo puede ser comprendida en el matrimonio o en las relaciones de convivencia (Lalupú Sernaqué, 2013, pág. 85).

En ese sentido, nos parece que no debería admitirse la maternidad subrogada en mujeres solteras, ni tampoco en viudas que conserven el estado de viudez; pues se privaría al hijo la posibilidad de ser acogido en un hogar familiar compuesto por padre

y madre. En consecuencia, al no estar prohibida, esta práctica, en nuestra Ley General de Salud, esto es técnicamente posible (Lalupú Sernaqué, 2013, pág. 157).

El jurista chileno Corral Talciani, citado por Lalupú Sernaqué, alegando la conveniencia de que el niño se desarrolle en el seno de un hogar compuesto por ambos progenitores, en donde el menor pueda identificar claramente los roles, concluye que la procreación artificial post mortem y la de mujer sola se presenta en contradicción con el interés superior del niño, y por tanto no debieran ser consideradas admisibles jurídicamente (Lalupú Sernaqué, 2013, pág. 86).

Como argumento central para prohibir dicha técnica, fecundación *post mortem*, se encuentra el interés superior del niño, ya que se le priva anticipada y deliberadamente de la posibilidad de nacer y ser acogido en un hogar familiar compuesto por padre y madre, conforme lo establece el artículo 7.1 y 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificado por el Perú y que tiene rango constitucional<sup>6</sup>, y también el artículo 8 del Código del Niño y Adolescente, el cual prescribe que: “El niño y el adolescente tiene derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia (...)”. De ahí que condenar a la orfandad de propósito al niño, lo priva de desarrollarse tanto física como psicológicamente en un hogar familiar adecuado. Por tanto, somos de la opinión que en una futura regulación debería estar prohibida (Lalupú Sernaqué, 2013, pág. 87).

Ahora, otro punto a tratar, es cuando se habla de una persona, puede ocurrir, como muchas veces ocurre, que la mujer no pudo casarse o no quiere casarse, pero muestra interés en ser madre, o tal vez su homosexualidad le impide tener una pareja heterosexual que le permita hacer realidad su tan ansiado anhelo; en estas circunstancias surge la interrogante ¿el derecho les debe permitir tal finalidad? (Lalupú Sernaqué, 2013, pág. 89)

---

<sup>6</sup> En virtud de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú.

A primera vista consideramos que no, tanto por las razones que hemos expuesto líneas arriba al tratar el tema de la fecundación post mortem, como por la inexistencia de un derecho a la maternidad y, además, porque el derecho no puede satisfacer el solo arbitrio de una de las personas para convertirse en madre sin tener en cuenta los derechos e intereses legítimos de las otras personas involucradas, cuanto más el niño que será concebido, y que deben ser dignos de tutela (Lalupú Sernaqué, 2013, pág. 89).

Máxime, si las técnicas de procreación humana asistida se justifican en el tratamiento de la infertilidad y en este supuesto no se encuentra dicha justificación; sino como bien lo dice la doctora Vila- Coro, citado por Lalupú Sernaqué, aparece como un capricho antinatural y perjudicial para el niño (Lalupú Sernaqué, 2013, pág. 89).

Para la aplicación de estas técnicas, como ya lo hemos referido, no solo debe tenerse en cuenta el interés de la madre, sino también el interés superior del futuro hijo, que bajo esta modalidad está siendo privado de por vida de contar con un padre legal y además con un padre genético, con las implicancias psicológicas y sociales que ello acarrea, simplemente por satisfacer los deseos egoístas de la madre (Lalupú Sernaqué, 2013, pág. 90).

Por ello, podemos decir que tener hijos no es un derecho incondicionado e irresponsable, sino que solo debe ser permitido si el niño puede nacer y crecer en condiciones favorables, ya que como decía Maria Pía Garavaglia, citada por Donato Busnelli (2003), citado por Lalupú Sernaqué, los deseos no son derechos, y los niños no son objeto de consumo (Lalupú Sernaqué, 2013, pág. 90).

Al respecto, Donato Busnelli (2003), citado por Lalupú Sernaqué, nos señala que las legislaciones alemana, italiana, sueca y suiza prohíben la fecundación artificial en mujeres solas; de igual modo la ley francesa concerniente a la asistencia médica a la procreación ha establecido que el acceso a la procreación asistida está reservado a una

pareja formada por un varón y una mujer vivo, en edad de procrear, casado, o en grado de proporcionar la prueba de una vida en común de al menos dos años, quedando firme que la asistencia médica tiene por propósito remediar la infertilidad cuyo carácter patológico ha sido diagnosticado medicamente, o bien el de evitar la transmisión al niño de una enfermedad particularmente grave (Lalupú Sernaqué, 2013, pág. 91).

Quienes están a favor de esta técnica suelen argumentar la existencia de un derecho a procrear, lo que nos hace preguntarnos ¿existe un derecho a procrear? Y de ser así ¿Quién sería el titular de ese derecho? ¿Sería exigible el derecho a tener hijos?

La doctora Moran de Vicenzi, parte de la existencia del derecho a procrear, el cual comprende el ejercicio de la libertad personal en relación con la función procreativa; en ese sentido, se puede afirmar que este hecho tutela la capacidad natural de procrear y no los actos tendientes a la procreación. Así mismo, sostiene que es una libertad de titularidad individual, pero de ejercicio mancomunado o conjunto, esto es, que requiere la voluntad actual y el aporte genético del otro miembro de la pareja (Moran de Vicenzi, 2005, pág. 169).

Si bien cada persona tiene en sí la capacidad de fecundar, por sí sola no puede procrear dado que el acto de procreación requiere siempre de la presencia de los gametos tanto masculinos como femeninos, requiriendo como es natural la presencia del otro; de ahí que si bien la facultad puede tenerla cada uno, su ejercicio requiere siempre de la presencia de los dos, tan igual como el derecho a casarse en el que cada uno tiene la facultad de hacerlo, pero su concreción requiere de la presencia del otro, siendo entonces su ejercicio siempre mancomunado (Lalupú Sernaqué, 2013, págs. 91-92).

Por ello podemos concluir que no es válido alegar el derecho a procrear en la fecundación artificial de mujer sola.

### **1.3.3.2. La madre subrogada**

Son las mujeres que acceden libremente a llevar a cabo un embarazo, es decir a rentar su útero, volviéndose dueñas de su cuerpo para poder decidir sobre él, haciéndolo por motivos personales como cuando recibe a cambio, substanciosas cantidades de dinero (Brena Sesma, 2014, pág. 139).

### **1.3.3.3. Tercero (s)**

Son aquellas personas que acceden libremente a aportar sus gametos para un embarazo ajeno, lo cual lo hacen con gusto, tanto cuando lo hace por motivos personales como cuando reciben a cambio, substanciosas cantidades de dinero (Brena Sesma, 2014, pág. 139).

La consideración de esto, en el fondo, es una intromisión en la vida íntima de las familias, distorsionando los cánones de los conceptos de paternidad y maternidad, al incorporar en laboratorio la aportación de un tercero, que de otro modo constituiría adulterio y violación de la fidelidad (Moro Almaraz, 1988, pág. 184).

## **1.3.4. Tipos**

### **1.3.4.1. Maternidad Subrogada Homóloga**

Es aquella en la cual existe un parentesco consanguíneo directo entre la pareja comitente y el concebido. Es decir, la pareja contratante, unida en matrimonio o concubinato, aporta el material genético en su totalidad (ovulo y espermatozoide) y la madre sustituta (gestante) recibe el embrión o embriones en su útero con la finalidad

de llevar a cabo la gestación (alquila su útero) y el nacimiento (Moran de Vicenzi & Gonzales Perez de Castro, 2013, pág. 49).

En consecuencia el tipo de reproducción asistida también se denominara homóloga, ya que el mapa genético del embrión es el resultado de la unión de un óvulo y de un espermatozoide de la pareja contratante (Leon Ortiz, 2015, pág. 119).

En este supuesto, el niño es totalmente ajeno genéticamente a la gestante siendo la pareja contratante con quienes se establece lazos de correspondencia genética.

#### **1.3.4.2. Maternidad Subrogada Heteróloga**

Es aquella en la cual existe un parentesco consanguíneo indirecto entre la pareja comitente y el concebido, dado que la naturaleza del procedimiento de reproducción asistida es heteróloga, es decir, cuando se produce mediante la donación de material genético de un tercero (s) conocido o anónimo (Leon Ortiz, 2015, pág. 119).

**Tabla N° 01. Variante Heteróloga**

Supuestos	Óvulo	Espermatozoide
N° 1	comitente	Tercero
N° 2	Tercero	comitente
N° 3	Tercero	Tercero

En este grupo es posible encontrar los siguientes supuestos (Pinzón Marín, Rueda Barrera, & Mejía Patiño, 2015, págs. 91-92):

**Supuesto N° 1:** El material genético es aportado por individuos (parcial o totalmente) ajenos a las partes intervinientes en la relación biológica (fecundación heteróloga); es decir, por dos personas diferentes a la pareja comitente y a la mujer

gestante. En este proceso se presenta tres maternidades: gestante (de la madre de alquiler), biológica (de la donante) y por voluntad (de la madre contratante) (Moran de Vicenzi & Gonzales Perez de Castro, 2013, pág. 49).

**Supuesto N° 2:** La madre gestante, aporta en el proceso su material genético (ovulo), el cual podrá ser inseminado con espermatozoides de un tercero, pero diferente a su cónyuge (fecundación heteróloga). Con lo que sería no solo madre gestante sino también genética o biológica del nacido (Moran de Vicenzi & Gonzales Perez de Castro, Los acuerdos de maternidad subrogada en el Perú. A propósito del primer caso de maternidad subrogada, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Republica, 2013, pág. 49).

Aquí, la madre biológica gestante es también quien aporta el ovulo, ello significa que el nuevo ser posee 23 cromosomas que guardan identidad con el genotipo de la gestante.

**Supuesto N° 3:** La madre gestante, aporta en el proceso su material genético (ovulo), el cual podrá ser inseminado con espermatozoides del varón de la pareja comitente subrogante (fecundación heteróloga). Con lo que sería no solo madre gestante sino también genética (o biológica) y uterina del nacido (Moran de Vicenzi & Gonzales Perez de Castro, Los acuerdos de maternidad subrogada en el Perú. A propósito del primer caso de maternidad subrogada, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Republica, 2013, pág. 49).

**Supuesto N° 4:** La mujer comitente subrogante puede aportar en el proceso su material genético (ovulo), el cual podrá ser inseminado con espermatozoides de un tercero diferente al varón comitente subrogante.

A continuación, en la Tabla N° 02 se presentan de manera esquemática los supuestos expresados anteriormente, más el supuesto de maternidad subrogada homologa, los cuales permiten revisar la identificación genética del niño con los intervinientes (comitentes – mujer gestante).

**Tabla N° 2: Variables de la técnica reproductiva e identificación genética**  
(Pinzón Marín, Rueda Barrera, & Mejía Patiño, 2015, pág. 93)

N°	Variable	Identificación genética paterna del comitente subrogante	Identificación genética materna de la comitente subrogante	Identificación genética gestante
1	Material genético aportado en su totalidad por la pareja comitente subrogante.	SI	SI	NO
2	Material genético aportado por personas diferentes a la pareja comitente subrogante y a la mujer gestante.	NO	NO	NO
3	Material genético aportado por mujer gestante y de un tercero no comitente subrogante.	NO	NO	SI
4	Material genético aportado por mujer gestante y por varón de la pareja comitente subrogante.	SI	NO	SI
5	Material genético de la mujer comitente subrogante y tercero no comitente subrogante.	NO	SI	NO

### 1.3.5. La maternidad subrogada en la Ley General de Salud.

En el Perú, la Ley General de Salud, Ley N° 26842 de julio de 1997, ha regulado escuetamente en cuanto a las TERAS en un solo artículo.



Así ha establecido en su artículo 7: “Toda persona tiene derecho de recurrir a tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos”.

Para la doctora Paula Siverino Bavio, sostiene que, la norma considera que el recurrir a las TERAS es un derecho (Lalupú Sernaqué, 2013, pág. 156).

Comentando este artículo, el profesor Varsi Rospigliosi, citado por Lalupú Sernaqué, sostiene: “es importante señalar que no es condición indispensable para recurrir a las TERAS el haber seguido sin éxito un tratamiento de fertilidad sino que se puede llegar a las mismas directamente” (Lalupú Sernaqué, 2013, pág. 154). Es de tener en cuenta que, siendo las TERAS procesos supletorios de la infertilidad, debería exigir la ley, demostrar el agotamiento de estos tratamientos a efectos de justificar la aplicación de las mismas.

Si bien la norma no está bien redactada, pues podría dar a entender que se trata de dos cosas distintas; por un lado, el derecho que tiene toda persona de tratar su infertilidad y, por otro, el derecho a procrear utilizando directamente las TERAS; se debe efectuar una interpretación integral de dicha norma, ya que las personas que no son infértiles, aún las mujeres solas, no tendrían por qué ser tratadas al respecto, ni tampoco tendrían que recurrir a dichas técnicas para procrear.

Por ello, consideramos que la utilización de dichas técnicas solo debe efectuarse como un método residual o subsidiario, mas no alternativo, es decir, cuando se encuentre medicamente comprobado que existe en la pareja un problema de infertilidad que debe ser superado (Lalupú Sernaqué, 2013, pág. 155).

También, debemos señalar que, la norma admite la utilización de dichas técnicas en parejas casadas o en uniones de hecho permanentes; así, se desprende, cuando dispone que, para su aplicación se requiere el consentimiento previo y escrito de los padres biológicos, es decir, el consentimiento debe ser conjunto, dual, es de pareja no de persona; esto excluye la utilización de las TERAS en mujeres solas, lo cual nos parece correcto.

Conforme a lo estipulado en dicho artículo, si bien el legislador ha establecido prohibiciones, no ha previsto sanciones ante su incumplimiento, como si sucede en Alemania e Italia<sup>7</sup>; lo que da lugar a que estas se apliquen en la praxis médica sin ningún control, surgiendo problemas jurídicos que deben ser resueltos por los tribunales, como veremos más adelante (Lalupú Sernaqué, 2013, pág. 157).

#### **1.3.5.1. Inadmisibilidad legal del acuerdo de maternidad subrogada.**

La Ley General de Salud, solamente autoriza la utilización de las TERAS cuando la madre genética y la madre gestante son la misma persona, lo cual excluye de manera textual la fecundación heteróloga con óvulos donados, y con ello la maternidad subrogada, tanto homóloga como heteróloga.

Varsi Rospigliosi, citado por Lalupú Sernaqué, considera que este artículo prohíbe la maternidad subrogada, al señalar que la condición de madre genética debe recaer sobre la persona que recurra a alguna de dichas técnicas, que es la madre biológica (Lalupú Sernaqué, 2013, págs. 155-156).

Conforme a lo estipulado en dicho artículo, si bien el legislador ha establecido prohibiciones, no ha previsto sanciones para su incumplimiento, lo que da lugar a que

---

<sup>7</sup> La ley de protección del embrión alemana del 13 de diciembre de 1990 establece sanciones privativas de la libertad o multa. De igual modo, la Ley italiana N° 40 de febrero del 2004 establece multas y penas de tres meses a tres años de cárcel (Lalupú Sernaqué, 2013).

estas se apliquen en la praxis médica sin ningún control, surgiendo problemas jurídicos que deben ser resueltos por los tribunales, como veremos más adelante.

Si bien es verdad que se ha regulado de manera escueta la utilización de las TERAS, al menos su regulación es coherente con los principios que recoge el Código Civil respecto a la filiación y con ello la paternidad, maternidad y el parentesco que tienen como presupuesto natural el elemento genético o biológico en su determinación jurídica.

Sin embargo, la escueta regulación existente en nuestro país, y dado el avance de dichas técnicas, exige que el legislador peruano regule de manera más precisa su utilización, admitiendo o rechazando la utilización de algunas técnicas como la donación de gametos, la fecundación post mortem, la prohibición textual de la fecundación heterologa y de la maternidad subrogada, los titulares, la edad, la filiación de los nacidos mediante estas técnica, el tratamiento sobre embriones y todo lo concerniente a su empleo y las sanciones para los que las infrinjan.

El legislador debe tener en cuenta, los valores y principios constitucionales y, sobre todo, el valor superior sobre el cual se asienta nuestro ordenamiento jurídico, esto es, la defensa del hombre y el respeto de su dignidad, los cuales son el fin supremo de la sociedad y del Estado<sup>8</sup>, así como la protección del concebido como sujeto de derecho en todo cuanto le favorece, el modelo de familia y la paternidad y maternidad responsable, todos con raigambre constitucional<sup>9</sup>.

La inexistencia de sanciones o prohibiciones normativas hace que en la praxis médica se utilicen las técnicas de fecundación sin límite alguno, acarreando jugosas ganancias a las clínicas privadas y para terceros que arriendan o alquilan su útero (El Comercio, 2016).

---

<sup>8</sup> Artículos 1 y 3 de nuestra Constitución Política.

<sup>9</sup> Artículos 2.1 y 4.6. de nuestra Constitución Política.

## **1.4. HACIA UNA NUEVA CONCEPCIÓN DE PATERNIDAD Y MATERNIDAD**

### **1.4.1. Sentimiento humano y mecanización**

Paternidad y maternidad siguen siendo, a pesar de todo, símbolos de relaciones humanas de amor y de convivencia en un proyecto unitario. El Derecho tiene poco que hacer cuando la regla de la relación es el amor y la comprensión, su juego se justifica en la protección y en la asunción de responsabilidades que otro no ha tomado voluntariamente. Su rol es aquí el de remedio. (Moro Almaraz, 1988, pág. 171)

Tales relaciones tienen tanta fuerza en la sociedad que quien se ve imposibilitado a crearlas llega a encontrar un vacío en su realización. La esterilidad suscita grandes tensiones y fomenta sentimientos de carencia. De ahí las numerosas investigaciones del hombre a lo largo de la historia tratando de subsanarla (Moro Almaraz, 1988, pág. 171).

Sin embargo, Pío XII, citado por Moro Almaraz, nos dice que las nuevas técnicas, encaminadas a ese fin deshumanizan, que desprenden del acto procreativo toda su configuración íntima, personal, y le atribuyen una puramente técnica. (Moro Almaraz, 1988, pág. 172)

La contrapartida la ofrecen quienes llevan a cabo estas prácticas cuando explican o testimonian que aquellos que se someten a las torturas<sup>10</sup> de los tratamientos de la esterilidad y deciden finalmente acudir a un programa FIV, de IA o TIG, con todo lo que ello supone, ponen mucho amor en la búsqueda del hijo, aliviando así cualquier sensación de mecanización que pueda tenerse (Moro Almaraz, 1988, pág. 172). Y se

---

<sup>10</sup> La congresista y exvoleybolista Leyla Chihuán, declaró lo doloroso que constituye someterse a las técnicas de inseminación artificial, así expreso: “*Me hicieron muchas pruebas, muy dolorosas. Por eso ahora hasta las patadas, que me dejan sin aire las disfruto*” (La República, 2012)

preguntan, ¿Qué mal puede verse en una práctica que asiste y complementa la actitud de amor de una pareja para que fructifique en un hijo?

La limitación a la libertad de sujetos destinatarios viene estrechamente ligada a ese planteamiento; también el sentido terapéutico o alternativo de las técnicas son causas de la actual revolución de los conceptos jurídicos-sociales de padre y madre. ¿Qué argumentos hay para esta delimitación? ¿Qué factores contribuyen a una solución más justa? (Moro Almaraz, 1988, pág. 172)

Cuando hayamos llegado a responder a tales interrogantes estaremos en disposición de plasmar la nueva concepción de las relaciones paterno-filiales; no en vano los destinatarios son los que quieren acceder a las mismas.

Desde esta perspectiva, podríamos decir que, la tenacidad de algunas mujeres dispuestas a acceder a las nuevas tecnologías a pesar de sus altos costos, riesgos a su salud y posibles frustraciones cuando las técnicas no producen el resultado anhelado, es muestra de la existencia de un impulso maternal subyacente y biológicamente determinado que no se ha podido desplazar y agregaríamos de su interés en ejercer su derecho a la salud reproductiva (Brena Sesma, 2014, pág. 138).

#### **1.4.2. Familia, contexto social y derecho**

Díez Picaso (1985) citado por Moro Almaraz (Moro Almaraz, 1988, pág. 173), menciona que, la familia, incardinada en el entorno social, político y jurídico de un país determinado, se encuentra inmersa en el ordenamiento jurídico del mismo y siente sus propios avatares, aunque no se le aplique directamente.

Por ello, podemos afirmar que, cuando hoy, se revolucionan los distintos ámbitos sociales, en nuestro caso, por la utilización de las técnicas de fecundación asistida,

también el ámbito jurídico se ve afectado, pues provoca una alteración en la familia (Moro Almaraz, 1988, pág. 174).

Al respecto, Estrada E. (1986) citado por Moro Almaraz (Moro Almaraz, 1988, pág. 176), menciona que, siempre ha existido una inclinación por creer que la familia es una estructura de promoción, afirmación y desarrollo de la personalidad de los individuos que la componen.

Por ello, Martinez Calcerrada L. (1981) citado por Moro Almaraz (Moro Almaraz, 1988, pág. 175), menciona que, la familia siempre se ha visto como elemento de estabilidad social, y los países han llegado a la convicción de que es indispensable una política de protección a la misma.

Por esta razón, los poderes políticos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia, aun de aquellos fenómenos de convivencia reducida que no se asientan en vínculos legales, pero si afectivos y estables, a lo que llamamos, *familia de facto*. Por ejemplo, en España, se protege a los hijos con independencia de la filiación y de las madres al margen de su estado civil (Constitución Política de España, 1978).

#### **1.4.3. La revolución de los conceptos de paternidad y maternidad**

La familia ha sufrido diversas transformaciones de acuerdo a las épocas históricas vividas. Hoy se eleva el número de los que viven solos por muy diferentes motivos, provocando una proliferación de servicios en función del individuo independiente. De igual modo se incrementa el número de los que viven juntos sin vínculos legales. El sistema familiar pierde su unicidad adaptándose a las opciones individuales no uniformadas (Moro Almaraz, 1988, pág. 198).

Y mientras un sector importante elige deliberadamente la vida sin hijos, creando un estilo propio de independencia, otros, que no pueden tenerlos, buscan desesperadamente uno, aunque no estén casados o necesiten de la ciencia (Lalupú Sernaqué, 2013, pág. 63).

Una sociedad en transformación y, en cambio, también lo es de contradicciones. Por eso los mismos parámetros han de explicar que se empleen grandes esfuerzos en la concepción de un bebe probeta, al tiempo que cada año se inmola a doscientos mil (quizás más) seres humanos por el aborto, o deja sin atender sanitariamente grandes núcleos de población, ¿Dónde está la justicia social? (Moro Almaraz, 1988, pág. 199).

Con la maternidad subrogada, se afianza entonces la idea de que nos enfrentamos con una nueva paternidad y maternidad, que es la consecuencia de una paulatina modificación de los componentes de la sociedad burguesa que ha propiciado la profundización en investigaciones genéticas. No obstante, el mayor miedo lo provoca la comercialización.

Con la aplicación de las TERAS, padre o madre y progenitor ya no coinciden en el mismo sujeto siempre. La satisfacción personal se antepone al interés del menor, y el ser humano se lanza a la conquista de ciertos imposibles de las décadas anteriores.

Ante ello, la solución que ofrezca el Derecho, no puede ser tan simplista, como sería sustituir una regulación por otra más adaptada a los nuevos tiempos. Carbonier, citado por Moro Almaraz, es partidario de no legislar más. Los jueces, con sus decisiones, y el derecho común pueden llenar los vacíos que se produzcan (Moro Almaraz, 1988, pág. 201).

A la vista de estas notas deberíamos preguntarnos si el Derecho admite un sentido de paternidad y maternidad no puramente biologicista.

#### **1.4.4. Evolución social de la paternidad**

Cuando se habla de familia, hablamos de un modelo de organización de los seres humanos históricamente. Ante ello, nos preguntamos ¿Cuándo el hombre ha empezado a atribuirse los hijos de su esposa como cosa y obra suya? Y, ¿Cuándo ha comenzado a dudar de tal paternidad? ¿Cuándo ha comenzado a pensarse en la madre como cierta siempre? ¿No han existido otras concepciones de maternidad?

La génesis de la preocupación por el hecho de la paternidad y maternidad surge con el avance, con el progreso de la sociedad, en la que es decisivo lo económico. Debido a estas circunstancias sociales, el hijo deja de significar una propiedad del *pater* y se le considera una persona con derechos propios, vinculado al padre y madre biológica y jurídicamente, como regla general, apareciendo la adopción, como una solución subsidiaria y ficticia jurídicamente para los matrimonios sin hijos, donde reside la voluntad individual como creadora de relaciones parentales. De esa relación el Derecho deduce una serie de consecuencias, derechos y deberes, que han configurado las relaciones paterno-filiales.

De alguna manera los sentimientos tenían también su función y cobran relevancia extrema en la construcción de estos conceptos. Por ello afirmamos que, caer en el extremo de creer que la paternidad legal debe ser a todo trance biológica, o todo lo contrario, es olvidar multitud de factores que de forma compleja se entrelazan en el mundo de las relaciones humanas. Podemos sostener acertadamente que lo legal debe tratar de coincidir con lo real siempre que sea posible (idea que se ha defendido hasta hoy frecuentemente). Sin embargo, cuando el punto de mira se presta a las relaciones de paternidad concebidas con ayuda de la ciencia, esta teoría no solo se derrumba sino que se niega apostando por la importancia de la autonomía de la voluntad, del deseo, de la responsabilización, tomados como elementos irrefutables del concepto de paternidad que se sobrepone a cualquier vínculo de sangre.



Se dice ahora que con el resultado de las nuevas técnicas para la procreación estamos conociendo un nuevo sentido de la paternidad, o un nuevo tipo, apoyada en el afecto, en la voluntad, en la intención, que revoluciona los principios sentados por la tradición jurídica que ha de provocar inexcusables reformas en el actual Derecho de filiación de casi todos los países, también en el nuestro.

#### **1.4.5. Nuevas formas de paternidad y maternidad**

Brecht, citado por Moro Almaraz, señala que, los hijos no solo se engendran con la carne, y el que crió y educó a un menor como hijo, el que lo ha hecho persona puede merecer más ser considerado en Derecho como padre que quien lo es solo por la genética (Moro Almaraz, 1988, pág. 210).

Lombardi, citado por Moro Almaraz, (Moro Almaraz, 1988, págs. 210-211) señala que existen dos tipos de paternidad: paternidad genética (de concepción, donación de esperma) y la paternidad social (p. cuidado, adoptivo, donante de nombre). Respecto a la maternidad, la subdivide en maternidad genética (de concepción, donadora de ovulo), maternidad uterina (gestación, donadora de útero) y maternidad social (de cuidado, donadora de nombre, adoptiva).

Ante ello, nos preguntamos ¿a quién de entre todos los participantes en la procreación del hijo le corresponde la función de padre y madre legal?

Para resolver estas interrogante, haciendo hincapié que hoy no existe legislación especial, el mismo derecho común ofrece la solución, para estas situaciones que se produzcan, ya que, no hay institución que encaje mejor, que, la adopción (institución con experiencia de uso), para definir el vínculo paterno filial entre quienes no existe ningún lazo biológico. Por ello el elemento intencional tiene un papel básico en la

filiación que surge de estas nuevas técnicas y así debe reconocerse jurídicamente (Moro Almaraz, 1988, págs. 214-217).

Como vemos, pues, la novedad no es tanta, se encuentran en todas las sociedades humanas, consagrándose siempre la primacía de lo social o lo jurídico sobre lo biológico puro, porque distinguen entre progenitor y padre, generadora y madre, valorándose más que exista un afecto, una posición de responsabilización en su educación y bienestar.

Por el bien del hijo, mejor si el afecto se complementa con la existencia de una vinculación biológica, pero no es imprescindible para la socialización y protección de esas relaciones por el Derecho, ni para definir el concepto de paternidad que acoja.

El Derecho debe asumir que paternidad y maternidad son más que pura procreación, que pura genética. El hombre depende de sus factores genéticos, pero está mucho más influido por la calidad de las relaciones interpersonales (función social). Por ello, dicho lo anterior, habrán de considerarse padres a aquellos que se ocupan de dar un entorno afectivo y educativo al niño y al adolescente.

Otro punto es que, deberíamos excluir que existe el presupuesto de la paternidad por el solo hecho de haber ofrecido el propio semen, puesto que, el donante no es quien pone en marcha las intervenciones conexas a la procreación del hijo. Baste pensar que teóricamente un donante de semen puede dar vida a centenares de concepciones y resulta insuperable la dificultad de configurar una paternidad que se amplía a otros tantos nacidos y donde además no se encuentra ningún sentimiento de paternidad en el sujeto. La maternidad ofrece hoy complicaciones añadidas por su doble aporte ovárico y uterino que no dejan discernir claramente el papel que ha de ser prioritariamente protegido.

## 1.5. FILIACIÓN BIOLÓGICA DE LOS CONCEBIDOS POR MATERNIDAD SUBROGADA HETERÓLOGA

### 1.5.1. Ideas previas

La normatividad jurídica de la filiación, desde el derecho romano, parte del hecho natural del nacimiento, el cual es producto de la cópula sexual entre hombre y mujer. En consecuencia, la regla prioritaria para determinar la maternidad es el parto; de ahí la famosa regla del Derecho Romano, atribuida a Paulo, “*mater semper certa est*” (Pérez Monge, 2002, pág. 319); la cual está presente en nuestro Código Civil<sup>11</sup>. En el caso de la paternidad, se plantea una situación distinta, ya que a diferencia de la anterior, esta otra se funda en la presunción de considerar padre, a quien demuestra las justas nupcias (“*pater is est quem iustitia demonstrant*”<sup>12</sup>) esto es, admite excepciones para oponerse al reconocimiento de la paternidad.

Al mismo tiempo, para los casos en que la pareja no puede concebir un niño, los ordenamientos han previsto la institución de la adopción, para asegurar al menor la posibilidad de crecer dentro de una familia (Moran de Vicenzi & Gonzales Perez de Castro, 2013, pág. 44).

Hoy en día, dado el avance incontenible de la ciencia, la tecnología y la biomedicina, las denominadas técnicas de la fecundación asistida y la maternidad subrogada, han hecho posible dar otra solución para el caso de las parejas que no pueden concebir un niño, pero al mismo tiempo rompen el molde clásico de la filiación, al originar un vínculo paterno-filial sin recurso a la copula natural, llegando en varios casos, a “conseguir” un hijo en un laboratorio humano (Moran de Vicenzi & Gonzales Perez de Castro, 2013, pág. 44).

---

<sup>11</sup> Artículo 371 del C.C.

<sup>12</sup> Artículo 361 del C.C.

Dicho lo anterior, dejemos establecido que, la regla, preponderante, pero no absoluta (artículo 363 y 377 del C.C.), para determinar la filiación, en nuestro país, es la verdad biológica (artículo 361, inciso 5 del artículo 363 del C.C.; Ley N° 28457, Ley que regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial); pero también es cierto que, no es el único presupuesto para determinar la filiación. En nuestro ordenamiento jurídico actual, existe otro presupuesto para tal fin, hablamos del elemento voluntario, en los casos de adopción (artículo 381 del C.C.), que resuelven el conflicto: verdad biológica, y a decir de Alex Placido, citado por Lalupú Sernaqué, este presupuesto se invoca al aplicarse el interés superior del niño (Lalupú Sernaqué, 2013, pág. 72).

De esta manera, la aplicación del principio de veracidad o *favor veritatis* no tiene carácter de ilimitado, sino que tiene límites, siendo uno de ellos el principio de *favor legitimitatis* que tiende a sobreponer a la verdad biológica, la protección de los intereses del menor (*favor filii*), y en la certeza y estabilidad que debe presidir en materia de estado civil y en las relaciones familiares (Moran de Vicenzi, 2005, págs. 34-35).

Al respecto, Varsi Rospigliosi, citado por Lalupú Sernaqué, señala que, la filiación no siempre tiene como base la relación biológica, sino que puede existir filiación sin hecho biológico (adopción) o existir hecho biológico sin filiación (expósitos) o no existir una procreación y una filiación por determinarse (procreación artificial y filiación indeterminada) (Lalupú Sernaqué, 2013, pág. 73). Siendo este último tipo de filiación nuestra materia de investigación.

En segundo lugar, la Ley General de Salud, implícitamente, prohíbe el uso de la maternidad subrogada o vientre de alquiler en nuestro país.

Sin embargo, en el caso de que se dieran, el Derecho debe establecer los factores que determinarán la filiación en dichos casos, a fin de salvaguardar los derechos de aquel concebido; ya que, el Derecho tiene que estar al servicio de las demandas de la

sociedad, y no puede mantenerse al margen de los cambios sociales, ni de los avances de la medicina y la ciencia, siempre por supuesto en el marco de los derechos fundamentales garantizados en nuestro Estado de Derecho. Por ello, los derechos humanos deben ser el criterio inspirador y el límite a cualquier iniciativa legislativa sobre estos avances científicos (Igareda Gonzales, 2014, pág. 187).

### **1.5.2. La Filiación en las Normas Materiales Supranacionales sobre Derechos Humanos (Fresnedo de Aguirre, 2016).**

- ❖ La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948

Tanto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, “han tenido una importancia fundamental en el proceso de valoración de la persona humana y el reconocimiento de sus derechos”; más aún, constituyen “la base sobre la que se ha ido edificando el sistema jurídico de protección internacional de los derechos humanos”.

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en su artículo II consagra el derecho de igualdad ante la ley en los siguientes términos: “Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”. Discriminar a las personas por haber nacido dentro o fuera del matrimonio de sus padres atenta sin duda contra este derecho.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 establece en su artículo 25: “[...] Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”. Y en el artículo 28: “Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y

libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”. Aunque en forma menos amplia, estos textos también apuntan hacia la no discriminación filiatoria.

❖ Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, 1969

Uno de los principales motivos para adoptar esta Convención fue “actualizar y definir en forma pormenorizada el contenido, alcance y límites de los derechos y libertades fundamentales consagrados previamente en la Declaración Universal y en la Declaración Americana, que forman parte del corpus del Derecho Internacional Consuetudinario”.

El artículo 17, referido a la protección de la familia, establece en el numeral 5: “La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”.

Esta disposición fue “recomendada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con el objeto de establecer la igualdad de todos los hijos, principio este último receptado en casi todos los ordenamientos internos de la región”; quienes al seguir esta tendencia, han eliminado distingos entre tipos filiatorios.

❖ Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño contiene también un mandato a los Estados parte de respetar y asegurar el derecho de no discriminación entre los niños por ninguna razón, entre las que refiere expresamente al “nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres [...]”.

Resulta claro que discriminar entre tipos filiatorios por el hecho de que el niño provenga de matrimonio o no, u otras distinciones similares, sería contrario a lo dispuesto por esta Convención, la cual establece:

## Artículo 2

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

A su vez, la Convención impone la obligación a los Estados parte de adoptar medidas legislativas o de otra índole para dar efectividad a estos derechos:

## Artículo 4

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

Como advierte Risso Ferrand, citado por Fresnedo de Aguirre, es necesario “situar la materia de los derechos humanos como una cuestión que interesa al ordenamiento interno y al ordenamiento internacional”. Resulta particularmente importante que al tratar el tema de la filiación —en todos los planos: legislativo, judicial y doctrinario— tengamos presente la incidencia de las convenciones de derechos humanos, porque se trata de un área en la que las normas vigentes son particularmente insuficientes e inadecuadas.

Orrego Vicuña y Orrego Bauzá, citados por Fresnedo de Aguirre, afirman que “en la medida en que la comunidad internacional está reconociéndole un elevado valor a los derechos humanos, ello está influyendo a la vez en la evolución del derecho internacional como tal y en los correspondientes ajustes del derecho interno” (Fresnedo de Aguirre, 2016).

Tal como explica Fernández Rozas, citado por Fresnedo de Aguirre, “desde la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948 y de su desarrollo posterior, las normas internacionales de derechos humanos forman parte del derecho internacional general actuando como un importante límite tanto para el legislador como para el juez interno en la reglamentación de las relaciones privadas internacionales”. Y refiere luego, a la “consolidación de un verdadero ‘estatuto internacional de la persona’ que se impone en el ámbito de los diferentes sistemas estatales, tanto respecto de las situaciones privadas internas como de las internacionales” (Fresnedo de Aguirre, 2016).

### **1.5.3. Planteamiento**

Tradicionalmente, en la procreación la mujer aportaba el ovulo y la gestación. En consecuencia, jurídicamente la regla general era la determinación de la maternidad por el parto.



Sin embargo, con la aplicación de la maternidad subrogada, es posible la diversificación de las funciones maternas. En concreto, la aportación de gameto femenino (maternidad genética), la gestación (maternidad de gestación), la atribución de la función jurídico-social de madre (maternidad jurídica o civil) pueden corresponder a diferentes mujeres, o concurrir algunas de estas funciones en una mujer.

Los tres tipos de maternidad citados líneas arriba (genética, de gestación y civil) pueden separarse, con las siguientes combinaciones:

**Tabla N° 03. Combinaciones en los tipos de maternidad**

(Pérez Monge, 2002, pág. 321)

	Donante	Varón comitente	Mujer comitente	Gestante
1		Gameto masculino		Gameto femenino / gestación
2	Gameto masculino			Gameto femenino / gestación
3		Gameto masculino	Gameto femenino	Gestación
4	Gameto masculino		Gameto femenino	Gestación
5	Gameto masculino y femenino			Gestación
6	Gameto femenino	Gameto masculino		Gestación

Por ello, el Derecho debe resolver cual es la maternidad relevante jurídicamente (el subrayado es nuestro), la maternidad genética o la gestacional, o incluso si es posible admitir una maternidad fundada en la maternidad subrogada (Pérez Monge, 2002, pág. 320). A ello, se le suma el problema de la paternidad, es decir, a quien se le declarará como padre, al que aportó el gameto, a la pareja de la comitente, o a la pareja de la gestante.

En consecuencia, nuestra investigación brinda una solución, la misma que se encuentra en nuestro propio ordenamiento jurídico, sobre todo en los casos de

adopción, como bien lo han resuelto nuestros tribunales, apoyándose en la doctrina internacional y sobre todo respetando el interés superior del niño, quien debe ser la parte más protegida en toda esta discusión.

#### **1.5.4. Posibles soluciones**

Ante la pregunta, ¿quién es madre y padre desde un punto de vista jurídico? (el subrayado es nuestro), la doctrina no es uniforme.

1. Algunos, como el Grupo de Trabajo Constituido en la Dirección General de los Registros y del Notariado de España (Pérez Monge, 2002, pág. 322), consideran que en el caso de que la gestante solo aporte la gestación, la maternidad jurídica se debería atribuir a la mujer comitente que aportó gameto (maternidad subrogada homóloga).
2. Otros, como Trabucchi y la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *In Vitro* y la Inseminación Artificial Humanas, entienden que la maternidad se determina por el parto, prefiriendo a la madre gestante sobre la biológica.

Los que sostienen esta tesis, como Moro Almaraz, citada por Pérez Monge, lo hacen en virtud a ese tiempo prolongado en que la mujer permanece ligada al ser que se desarrolla en su seno donde alcanza la madurez necesaria para el nacimiento (Pérez Monge, 2002, pág. 325). Del mismo pensamiento es Rivera Hernández, citado por Pérez Monge, quien afirma que: “Los especialistas médicos, los juristas, y muchos que no lo son creen que la función que más se acerca a la madre, entre la de aquellas tres participaciones mencionadas<sup>13</sup>, es de la mujer que durante nueve meses gesta y mantiene una larga comunicación (no solo biológica sino psíquica, afectiva, llena de

---

<sup>13</sup> Se refiere a la maternidad de gestación, genética y civil (o puramente formal).

emociones, al parecer compartidas), proceda de quien proceda el gameto o el preembrión”. (Pérez Monge, 2002, págs. 326-327)

3. Por último, existe un grupo como O’ Callaghan Muñoz, que entienden que, en este problema, debería aplicarse el principio constitucional de protección integral de los hijos (artículo 4 de la Constitución Política del Perú) y, en consecuencia, debía considerarse madre a la que pueda más adecuada y convenientemente proteger y atender al hijo (Pérez Monge, 2002, págs. 322-328), es decir, aquella que tuvo el deseo y la voluntad de tener un hijo.

#### **1.5.5. La tesis de la Voluntad Procreacional: El principio de Autorresponsabilidad por la Procreación** (Moran de Vicenzi & Gonzales Perez de Castro, 2013).

La maternidad subrogada, tanto homóloga como heteróloga, ha supuesto un cambio en los modos de determinar la paternidad y la maternidad sobre la base del elemento voluntario.

En este sentido, un sector importante de la doctrina defiende que el consentimiento juega un papel preponderante en la determinación de la filiación, sobre el presupuesto biológico, y por lo tanto, que es posible inducir la existencia de un principio que denominan *favor affectionis*, cuya aplicación se haría extensible a la determinación de la filiación de los nacidos en virtud de esta técnica.

De este modo se resolverían las cuestiones planteadas en torno a la filiación de los nacidos sin violentar ni vulnera los principios que inspiran las normas que conforman el régimen de filiación pues se trataría de una solución admitida por el propio régimen (Moran de Vicenzi & Gonzales Perez de Castro, 2013, pág. 54).

Partiendo del análisis de las normas que regulan la determinación de la filiación matrimonial y la extramatrimonial, Rivero Hernández y Herrera Campos, citados por Claudia Morán y Maricela Gonzales, llegan a la conclusión que en los regímenes de filiación se reconoce la existencia de un elemento voluntario y un elemento de responsabilidad por la procreación, esto referido a la asunción de deberes y responsabilidades que se derivan como consecuencia de la relación paterno- filial.

La voluntad de asumir la posición de padre o de madre no solo es un requisito esencial para la adopción, sino que también, resulta eficaz para determinar o mantener una paternidad o maternidad meramente formal tal como sucede en algunos supuestos contemplados en el régimen de filiación, y por tanto, pueden ser aplicado para solucionar las cuestiones planteadas en orden a la filiación de los nacidos mediante maternidad subrogada heteróloga.

En ese sentido, se asevera que las técnicas de fecundación artificial con intervención de donantes, justamente, tienen por finalidad sustituir el acto de la fecundación o a aportación del material genético.

De manera tal, que el interés no se centra en la realización del acto de procrear, sino en la voluntad que actúa como causa eficiente del origen del nuevo ser. Si el aporte biológico es susceptible y fungible, ya que dan lo mismo los gametos de uno u otro donante, ello no sucede respecto a la voluntad de procrear que se convierte en el elemento más importante, pues sin ella no se producirá el nacimiento.

Los defensores de esta doctrina afirman que el elemento voluntario se puede inducir de las normas que admiten la eficacia de un reconocimiento realizado por el varón, a sabiendas, de la falta del vínculo biológico con el hijo, o de las que atribuyen legalmente la paternidad al marido cuando en realidad la fecundación no es obra suya. Desde esta perspectiva, la paternidad no se establece por la sola existencia de la

relación biológica, sino sobre todo, para que el varón asuma las obligaciones que le corresponden por haber realizado los actos que causaron tal nacimiento.

Al respecto, García Rubio, citado por Pérez Monge, refiere que, se debe tener en cuenta que la línea directriz que prima en el moderno Derecho de la Filiación es el matiz de la voluntad y deseo que se halla en la parte comitente. (Pérez Monge, 2002, pág. 322)

Del mismo pensamiento es Hernández Ibáñez, citado por Pérez Monge, quien considera preponderante la voluntad de la mujer comitente, a quien debe atribuirse la maternidad legal, es decir, a la persona que quiso ser madre legal, sin distinguir si aportó el ovulo o no. Bien es cierto que se rompe el principio de que la madre es la que da a luz, y que la madre siempre es cierta, pero no habría impedimento, para otorgarle la maternidad a otra persona, pues nos encontramos ante una nueva situación que no tiene por qué solucionarse siguiendo las mismas coordenadas que las que se derivan de la maternidad natural (Pérez Monge, 2002, pág. 323).

A veces, preservar ciertos principios o valores que consideramos moral o socialmente necesarios implica el “desperdicio” o inadecuado aprovechamiento de una serie de recursos, entendiendo por “recursos” no solamente bienes materiales, sino incluso otros valores o posibilidades de alcanzar la felicidad, el bienestar y la comodidad humana (Bullard González, 2006, pág. 289).

Habiendo, realizado todo este análisis, concluimos que, en la maternidad subrogada heteróloga, se considerará madre y padre jurídico a la pareja comitente, por las siguientes razones:

a) Porque es la persona que ha deseado tener ese hijo, aunque haya hecho uso de la maternidad subrogada; pues fue la pareja la que aceptó someterse a dicha técnica (Lalupú Sernaqué, 2013, pág. 70).

b) Porque la mujer gestante se ha prestado voluntariamente a ello, renunciando a cualquier derecho sobre ese niño. Además por lo general, ha recibido una contraprestación económica, lo que significa que para ella, colaborar en la gestación contratada ha sido consecuencia de un negocio con un fin lucrativo;

c) Creo que no cabe alegar por la gestante una vez que ha dado a luz, motivos sentimentales y lazos de cariño con ese niño que ha llevado en su seno durante nueve meses, porque si bien es cierto que éstos, pueden existir, también es verdad que todos esos detalles se le han dado a conocer antes de prestarse a cumplir este tipo de pacto;

d) Porque la mujer que ha llevado a cabo la gestación conoce que su misión es dar a luz, para posteriormente entregar al hijo a la mujer que se lo ha encargado;

e) Por último, estimo que iría en contra de la regla que se da en la inseminación artificial y fecundación in vitro, que no atribuye la paternidad-maternidad a la persona que presta un servicio (donante-tercero), sino a las personas que han deseado y querido un hijo para ellos, dado que el donante, solo interviene para hacer posible la fecundación de un ser humano, lo cual no acarrea una relación jurídica entre ellos.

Ante ello, mi tesis es ésta, si bien es cierto la normativa del Estado peruano prohíbe la maternidad subrogada, en la realidad esta técnica médica está siendo usada para la concepción, entonces allí, sería un contrasentido que luego de que, tal técnica alcanza un resultado favorable (dio lugar a la concepción, gestación y nacimiento de un bebé), se perturbe o desconozca la filiación entre el recién nacido y la pareja comitente. Siendo aquel, el fundamento de la teoría de la voluntad procreacional, mediante la cual, todo nacido mediante la aplicación de la maternidad subrogada heteróloga, tendría como padre y madre, a aquellos que desde un principio fueron autorresponsables por la procreación.

### **1.5.6. Maternidad subrogada y adopción**

Los que se manifiestan a favor de la maternidad subrogada proponen que se parezca lo más posible a la adopción. Desde el punto de vista ético, aunque el resultado sea el mismo – posibilidad de ser madre o padre –, “crear” una nueva criatura para satisfacer el deseo de paternidad o de maternidad no está justificado – máxime si desde el principio el menor se ve privado bien de un padre, bien de una madre – frente al hecho de que ya existen niños que están desamparados y que necesitan un entorno familiar en el que crecer y educarse. Por tanto, debe de fomentarse la adopción, como vía que, desde un punto de vista bioético, no produce el rechazo que si tiene la maternidad subrogada (Corral Garcia, 2013, págs. 62-63).

Lledó Yagüe, citado por Corral García, advierte que la motivación de ambos procedimientos es similar, paliar el problema de parejas sin hijos, pero no es idéntica: en la fecundación asistida, la razón ontológica es la esterilidad irreversible ... salvo que se desnaturalizara su función terapéutica, convirtiendo su cometido en un medio de procreación alternativa para parejas estériles o no – de sexo contrario o no-, y para sujetos – mujer u hombre – sin formar unión de facto, obviándose el interés del hijo y su personalidad e identidad personal orientada heterosexualmente (Corral Garcia, 2013, págs. 62-63).

En la adopción, padre y madre es aquel que legalmente quiere serlo, independientemente si tiene o no un vínculo genético con los adoptados. Ese vínculo del recién nacido con la madre, en la procreación natural, también puede ser establecido con cualquier persona adulta que proporcione cuidados y atención afectiva incondicional (Igareda Gonzales, 2014, págs. 185-186). Una vez más, es la voluntad la que predomina al determinar la filiación.

El régimen de filiación recogido en el C.C. de 1984 es aquel, en el que predomina el hecho biológico natural de la concepción. Y decimos predominantemente por cuanto

existe el caso donde no necesariamente coincide el dato biológico o genético para establecer la filiación, es el caso de la adopción (Moran de Vicenzi, 2005, pág. 31).

Es decir, la determinación de la filiación no siempre tiene como presupuesto una realidad biológica o descendencia genética, sino que también puede darse, atendiendo a la voluntad para atribuir vínculo filiatorio, como ocurre con la adopción.

Uno de los requisitos esenciales para la adopción es la voluntad de asumir la posición de padre o de madre.

### **1.5.7. Jurisprudencia Nacional**

#### **1.5.7.1. Expediente N° 183515-2006-00113**

La señora C.M.S.E. y su esposo desean tener hijos, pero resulta que al ser tratada por su médico descubre que puede concebir, pero no puede mantener un embarazo, ya que de suceder pondría en riesgo su vida y la del concebido debido a que padecía de insuficiencia renal e hipertensión arterial. Frente a dicha situación, y dado el deseo de ser padres, acudieron a la Clínica Miraflores en donde el Dr. Augusto Ascenzo Aparicio les sugiere el método de maternidad subrogada.

Con tal finalidad, la madre de la señora C.M.S.E., de 54 años de edad, ofrece su vientre para llevar en sus entrañas a la menor, su nieta, que fue concebida in vitro con los gametos de su hija y de su yerno, y que fue trasferido luego al vientre de la abuela de la menor. Luego de 7 meses y 20 días se produce el alumbramiento y la clínica la consigna en su registro medico con los datos de su abuela como madre y así aparece en su partida de nacimiento. Por ello es que la madre genética impugna la maternidad, solicitando se le tenga como verdadera madre y se corrijan los apellidos de la menor.



Estos hechos dieron lugar a que el Quinto Juzgado Especializado de Familia de Lima, declare fundada la demanda, ordenando la filiación de los padres genéticos y su respectiva inscripción en la partida de la menor con la corrección de los apellidos.

#### **1.5.7.2. Casación N° 563-2011-Lima**

La sentencia de la Corte Suprema de 6 de diciembre resuelve un enrevesado caso de maternidad subrogada.

La decisión recoge el caso de un matrimonio (doña D.F.P.Q y don G.S) que encargo a una mujer (I.Z. C. M) la gestación de un niño, que debía ser entregado a los esposos tras su nacimiento. A cambio del niño, la pareja comitente pagó una alta suma de dinero a la gestante (\$18 900 dólares americanos).

La fecundación del bebe se realizó con el gameto del esposo (G.S), por lo que, biológicamente, la niña alumbrada era hija del comitente y de la madre de alquiler, o sea estamos ante un caso de maternidad subrogada heteróloga. Tras el nacimiento de la menor, la filiación materna se inscribió a favor de la gestante y, de la paterna, a favor de su conviviente (P. F. P.C), quien realizo un reconocimiento de complacencia. Por lo tanto, el padre de sangre (G. S) no figuraba como padre formal o legal. Para complicar más la situación, el esposo comitente no solo era el padre biológico de la niña, sino que, además, por el parentesco que le unía a la mujer que alquiló su vientre, resultaba ser, al mismo tiempo, el tío abuelo de la menor por afinidad.

Inmediatamente después del alumbramiento, la niña, de nueve días de nacida, fue entregada a los esposos contratantes. Estos iniciaron un proceso de adopción, su real pretensión, (artículo 248 del Código de los Niños y Adolescentes) para que legalmente se constituyera la filiación a su favor, pero la madre de alquiler y su pareja se arrepienten de finalizar el proceso y se desisten de continuar con la adopción; es decir,

el matrimonio contratante pretendía consumir el contrato de vientre de alquiler solicitando, vía demanda de adopción por excepción, la filiación del menor objeto del contrato.

Pese al desistimiento, en primera y segunda instancia se declaró fundada la demanda de adopción por excepción interpuesta por los comitentes. Ante ello, la madre portadora y su pareja interponen recurso de casación alegando: a) transgresión del artículo 115 del CNA, por no proceder la adopción debido a que el padre adoptante era a la vez el padre biológico de la menor; b) infracción del artículo 128 CNA, inciso b, porque la adoptante, presunta tía demandante, D.F.P.Q, no guardaba ningún parentesco con la menor. Ello a causa de que el padre legal, P.F.P.C, familiar de dicha adoptante, no era el padre biológico; c) infracción del artículo 378 Código Civil, incisos 1 y 5, debido a que los adoptantes carecían de solvencia moral.

El alto tribunal le da la razón al matrimonio contratante, ya que todas las causales carecían de sustento. Entendiendo que, sí procedía la adopción, porque la paternidad que figuraba en la partida de nacimiento era la de P.F.P.C. Por tanto, éste era el padre legal de la niña y, en consecuencia, la comitente demandante, la tía de la menor. En consecuencia, declaró infundado el recurso de casación interpuesto por la madre gestante y su conviviente, quienes se oponían a la adopción, y resuelve el caso únicamente desde el punto de vista de la filiación adoptiva y del interés superior del menor, sin pronunciarse sobre la maternidad subrogada.

Asimismo, estableció que existía un conflicto entre el interés superior de la niña a tener una familia y el derecho de los padres recurrentes a ejercer la patria potestad. Ante este dilema, y basado en el comportamiento de la gestante y su pareja, dispuestos a un principio a renunciar a su hija a cambio de dinero, resolvió que había de primar el interés superior de la niña a que continúe viviendo con los comitentes, quienes, sostuvo el Tribunal, le proporcionaban un ambiente adecuado. Por lo que, concluyo, “arrancarla de su seno familiar a su corta edad resultaría gravemente perjudicial”.

### **1.5.7.3. Expediente N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05**

Proceso de amparo iniciado por la sociedad conyugal conformada por Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau; la sociedad conyugal conformada por Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabé Rojas Urco y los menores de iniciales L.N.N.R. y C. D. N. R., representados por Francisco David Nieves Reyes y Evelyn Betzabé Rojas Urco, contra RENIEC.

Mediante el cual se estaba solicitando dejar sin efecto la Resolución Registral N° 29 9-2016-OSBORJ-JR10LIM- GOR/RENIEC, de fecha 29 de febrero de 2016, que declararon, respectivamente, la improcedencia de rectificación de las actas de nacimiento de los menores. Asimismo, se declare formalmente, en las respectivas actas de nacimiento, que el Señor Francisco David Nieves Reyes es el padre de los menores, procediéndose al respectivo reconocimiento. Por último, se declare formalmente, en las respectivas actas de nacimiento, que la Señora Aurora Nancy Ballesteros es la madre de los menores, efectuándose la respectiva rectificación.

Con fecha 21 de enero de 2005, los Señores Nieves-Ballesteros contrajeron matrimonio y, ante la reiterada imposibilidad de quedar embarazada por parte de la señora Ballesteros, decidieron recurrir a las TERAs, concretamente, a la técnica del útero subrogado. Para ello, se procedió a la fecundación in vitro, con el óvulo de una donante anónima, y con el consentimiento de los Sres. Lázaro-Rojas, se transfirieron los únicos dos embriones fecundados al útero de la Sra. Rojas. Para ello, suscribieron el acuerdo privado de útero subrogado, manifestando su acuerdo de voluntades. Con fecha 19 de noviembre de 2015 nacieron los menores de iniciales L.N.N.R. y C.D.N.R. Al momento del nacimiento, los menores fueron consignados como hijos de la Sra. Rojas (por ser esta quién los alumbró) y del Sr. Nieves, dado que se aceptó la declaración de la Sra. Rojas en el sentido de que el padre no era el Sr. Lázaro, su esposo.

Posteriormente, iniciaron dos procedimientos de rectificación de acta de nacimiento, en donde el Sr. Nieves solicitó que se declare al primero como padre de los menores, procediéndose al respectivo reconocimiento; mientras que la Sra. Ballesteros solicitó se declare que es la madre de los menores, procediéndose a la respectiva rectificación. Tras ello, el RENIEC declaró improcedentes ambas solicitudes a través de las resoluciones registrales impugnadas mediante el presente proceso de amparo.

Ante ello, se interpone el presente Proceso de amparo iniciado por la sociedad conyugal conformada por Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau; la sociedad conyugal conformada por Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabé Rojas Urco y los menores de iniciales L.N.N.R. y C. D. N. R., representados por Francisco David Nieves Reyes y Evelyn Betzabé Rojas Urco, contra RENIEC.

Mediante el cual se estaba solicitando dejar sin efecto la Resolución Registral N° 29 9-2016-OSBORJ-JR10LIM- GOR/RENIEC, de fecha 29 de febrero de 2016, que declararon, respectivamente, la improcedencia de rectificación de las actas de nacimiento de los menores. Asimismo, se declare formalmente, en las respectivas actas de nacimiento, que el Señor Francisco David Nieves Reyes es el padre de los menores, procediéndose al respectivo reconocimiento. Por último, se declare formalmente, en las respectivas actas de nacimiento, que la Señora Aurora Nancy Ballesteros es la madre de los menores, efectuándose la respectiva rectificación.

El Juez del Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional, decide declarar fundada la demanda de amparo, en consecuencia, declaró nulas las resoluciones registrales: 299-2016-ORSBORJ- JR10LIM-GOR/RENIEC y 300-2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR-RENIENC, asimismo, anuló las actas de nacimiento 30022117908 y 3002217885. Ordenando a RENIEC que emita nuevas partidas de nacimiento de los menores de iniciales L. N. N.R. y C. D. N. R, donde conste como sus

apellidos (paterno y materno), los de los señores Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, así como registrar que ellos son sus padres.

### **1.5.8. Derecho Comparado**

A nivel jurisprudencial y doctrinal, la mayoría de los países que pertenecen al sistema romano-germano rechazan los acuerdos de maternidad subrogada, como Alemania, Holanda, Francia e Italia. En Latinoamérica, países como Brasil, Argentina y Colombia no cuentan con una legislación específica al respecto (Lalupú Sernaqué, 2013, págs. 126-130).

#### **España**

##### **❖ Ley 14/2006, Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida**

Este Estado cuenta con la Ley 14/2006, del 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, la cual deroga la Ley 35/1988, del 22 de noviembre y la Ley 45/2003, del 21 de noviembre. Esta ley, dispone sobre la maternidad subrogada, lo siguiente:

##### **“Artículo 10. Gestación por sustitución**

1. Sera nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.”

Esta ley considera que la maternidad legal se deberá determinar por el parto, es decir, la madre legal será la que gesta y alumbra independientemente del elemento genético.

❖ Caso Valencia vs. California (Moran de Vicenzi & Gonzales Perez de Castro, 2013, pág. 59)

Una pareja de varones casados en Valencia viaja a California para contratar a una mujer dispuesta a actuar como madre subrogada. Después del nacimiento de los mellizos, la pareja permaneció con los menores en los Estados Unidos a la espera del permiso de residencia y la decisión del Encargado del Registro Civil consultar en los Ángeles. Ante la negativa de este último, la pareja recurre a la Dirección General de los Registros y del Notariado Español, entidad que ordena la inscripción de los niños en el Registro Civil Consular como hijos de los españoles. Esta Resolución de la Dirección General es objeto de impugnación por parte del Ministerio Fiscal en la vía judicial alegando que ello era contrario a la norma española que prohíbe los acuerdos de maternidad subrogada (Ley 14/2006). Tanto el juzgado de Primera Instancia mediante sentencia del 15 de septiembre de 2010, como la audiencia Provincial de Valencia a través de la resolución del 23 de noviembre del 2011, declaran fundada la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal y dejan sin efecto la inscripción de los menores en Registro Civil Consular de los Ángeles.

Ambas resoluciones se fundamentan básicamente en que en España los acuerdos de maternidad subrogada son nulos de pleno derecho. Se declara por el Tribunal que el artículo 23 de la Ley de Registro Civil, es de mayor valor normativo, de manera que la

inscripción de la filiación en el Registro Civil español exige que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española. El juzgado de primera instancia sentencia: “en conclusión la legislación española prohíbe la gestación por sustitución y puesto que el encargado del registro consular debe conforme al artículo 23 de la LRC examinar la legalidad conforme a la Ley Española del certificado extendido en Registro extranjero con carácter previo a su inscripción en el Registro Civil español, al estar prohibida en España la gestación por sustitución debe impedirse el acceso al registro de la inscripción así intentada”.

## **Reino Unido**

### **❖ Human Fertilization Embriology Act de 1990**

El Reino Unido se rige por lo dispuesto en la Human Fertilization Embriology Act de 1990, que permite el recurso a la maternidad subrogada (*surrogacy*) siempre que se celebre bajo la supervisión de la Human Fertilization and Embriology Authority, entidad encargada de regular la investigación y el tratamiento de la infertilidad humana. Respecto a la determinación de la filiación, la citada norma establece que los padres comitentes, en principio, no son considerados como los padres legales, pero se les permite obtener el reconocimiento como tales mediante un procedimiento judicial similar a la adopción (*parental order*). (Moran de Vicenzi, 2005, pág. 207). Hacemos la aclaración que esta reglamentación ya se modificó en el 2008, pero el fin de la norma es el mismo.

### **❖ Caso X & Y Foreign Surrogacy [2009] 1FLR 733 (Moran de Vicenzi & Gonzales Perez de Castro, 2013, pág. 58)**

Se trata de un caso en el que una pareja de cónyuges ingleses celebra un acuerdo de gestación por sustitución con una mujer ucraniana, utilizando ovulo de donante y espermia del marido comitente. De acuerdo con la legislación ucraniana, los padres son los comitentes (ingleses), y así se consigna en la partida de nacimiento. En cambio, de acuerdo con la legislación inglesa, los padres de los niños nacidos eran la gestante y el marido, ya que la filiación solo se puede transmitir a la comitente a través de una orden parental, es decir, se trasfiere a la comitente luego de transcurrido un plazo de reflexión de seis semanas, previa solicitud de los comitentes o padres sociales. Si se cumplen, los requisitos establecidos en el artículo 54 de la Human Fertilisation Embriology Act del 2008, el juez dicta una parental order a través de la cual se determina la filiación a favor de los comitentes.

Sin, embargo, este Conflicto entre las legislaciones de ambos países dio lugar a que los niños se quedaran sin filiación y sin nacionalidad, ya que las leyes ucranianas no reconocen la nacionalidad ucraniana ni la residencia a los hijos de Padres extranjeros. Gracias a una persona de ADN en virtud de la cual se probó que material genético procedía del comitente, fueron autorizados a ingresar al Reino Unido a fin de obtener la *parental order*, la misma que se le concedió fundamentándose en el interés superior del niño, pues de lo contrario, los hijos se quedarían sin filiación legal y sin nacionalidad.

#### ❖ Caso 1978 (Martinez Chavez, 2012, págs. 32-33)

En 1978 correspondió a un juez de la división familiar de la Suprema Corte de Justicia Inglesa fallar sobre un caso de disputa sobre un niño nacido como consecuencia de un caso de maternidad gestante.

Una pareja que vivía en unión libre, decidió contratar los servicios de una mujer que se embarazara con gametos del marido y les entregara el hijo al nacer. Las gestiones



para encontrar a la mujer que se prestara al trato resultaron infructuosas, resolviéndose entonces a ofrecer el contrato a una prostituta que por una suma de dinero acepto embarazarse.

Una agencia de maternidad gestante clandestina contrató a una clínica que sin hacer mayores averiguaciones procedió a la inseminación con éxito. La prostituta recibiría la compensación al hacer entrega de su hijo; los gastos del embarazo y parto correrían por cuenta de los contratantes.

La experiencia maternal hizo cambiar de opinión a la mujer y al nacimiento del hijo se negó a entregarlo conforme a lo tratado, rechazando las ofertas de mayor paga que le hicieron para que cumpliera con el contrato.

El padre biológico recurrió a los tribunales demandando la custodia y control del niño, pretensiones que le fueron negadas, recibiendo en cambio el tratamiento que corresponde al padre “natural” de un hijo ilegítimo, alimentarlo hasta que pudiese valerse por sí mismo. A cambio de sus deberes decretó el Tribunal el derecho de visitarlo.

Inconforme con los derechos de visita concedidos al padre, la mujer apeló la resolución y la Suprema Corte en forma unánime revoco ese derecho, prohibiendo además la publicación de los incidentes de su concepción y nacimiento.

## **Estados Unidos**

### **❖ Caso “Baby M” (Bullard González, 2006, págs. 287-288)**

En New Jersey, se siguió un juicio singular. Una pareja de esposos interpuso una demanda exigiendo el cumplimiento de un contrato de subrogación de maternidad. Con el espermato del marido se había fecundado un óvulo aportado por una mujer. Ella había

suscrito un contrato aceptando aportar el ovulo y llevar al concebido durante todo el periodo de gestación, hasta su alumbramiento. La mujer renunciaba por anticipado a todo derecho derivado de la maternidad, subrogando sus derechos en la esposa. A cambio recibía la cantidad de US \$ 10,000.00. Por su parte, el marido de la mujer intervino en el contrato a fin de declarar que en el caso no era de aplicación la presunción de que el hijo de una mujer casada tiene por padre al esposo.

Todo se desarrolló normalmente hasta el alumbramiento. Pero luego la mujer pidió permanecer un tiempo con el bebé, a lo que los esposos accedieron. Sin embargo, se fugó con el menor y dio origen a una persecución a lo largo de todos los Estados Unidos, lográndose finalmente recuperar al bebé.

La demanda pretendía que la mujer respetara el acuerdo inicialmente firmado. La demandada sostenía que el acuerdo era nulo por ir contra normas de orden público.

La Corte Superior (Chancery Division/ Family Part, Bergen County, 217 N.J. Super. 313) estableció que el convenio de subrogación era perfectamente válido, por lo que la mujer carecía de los derechos derivados de la maternidad, concediendo la custodia al padre natural del menor y autorizando la adopción del mismo por su esposa.

La demandada apelo el fallo, la Corte Suprema estableció que:

- a) El convenio entraba en conflicto con las normas que prohibían el uso de dinero en relación a adopciones, las que exigen el cumplimiento de una serie de requisitos para determinar que los padres naturales no son aptos, a fin de dar por terminada la patria potestad y conceder la adopción; así como con las normas que permitían revocar las renunciaciones privadas a la custodia y al consentimiento para dar la adopción.
- b) El convenio de subrogación entraba en conflicto con el orden público estatal.

- c) El derecho de reproducción no concede por sí solo, la titularidad al padre natural y a su esposa a tener la custodia del menor.
- d) El interés del menor, dada la inestabilidad mostrada por la madre natural<sup>14</sup>, aconsejaba otorgar la custodia al padre natural y a su esposa.
- e) La madre tenía el derecho a visitar al menor.

❖ Caso “Johnson vs. Calvert” (Moran de Vicenzi & Gonzales Perez de Castro, 2013, pág. 60)

En este precedente se reconoce la validez los acuerdos de maternidad subrogada y se determina la filiación a favor de los padres sociales. Los hechos: el matrimonio formado por Mark y Crispina Calvert celebró con Anna Johnson un convenio de maternidad subrogada, en vista que la mujer no podía llevar la gestación al haberse sometido a una histerectomía. Anna aceptó que se implantaran los embriones formados con material genético de los esposos a cambio del pago de la suma de \$10.000 y de un seguro de vida valorizado en \$200.000; así mismo se comprometió a entregar al niño después del parto, renunciando a cualquier tipo de reclamo sobre la filiación. Los problemas comenzaron justo después del embarazo, cuando Anna reclamó a la pareja el pago de las sumas pendientes, bajo amenaza de no entregarles al niño. Ante esta situación los conyugues iniciaron un proceso judicial a fin de que se reconociera la filiación a su favor, mientras que la madre subrogada, como respuesta, a través de otro procedimiento solicita que se determine su maternidad, negándose a la entrega del niño a la pareja comitente.

---

<sup>14</sup> Durante el secuestro del menor, se grabaron llamadas telefónicas en las que la madre natural amenazaba al padre natural con matar al menor y suicidarse si es que no dejaban de perseguirlos. Además. Las evaluaciones psicológicas posteriores mostraron un carácter inestable que podía poner en riesgo la integridad del menor (Moran de Vicenzi & Gonzales Perez de Castro, 2013).

De acuerdo con el código civil californiano entonces aplicable, la maternidad se determinaba a través del parto, y en aplicación de las normas sobre paternidad, también por las pruebas genéticas. A pesar que la maternidad podía establecerse tanto a favor de Crispina (comitente y madre genética) como de Anna (madre subrogada), el TS de California determinó la filiación a favor de la comitente, basándose en que ella fue quien manifestó su intención de ser madre, y decidió asumir todas las responsabilidades respecto al niño.

❖ Caso “Buzzanca vs. Snell” (Moran de Vicenzi & Gonzales Perez de Castro, 2013, pág. 60)

En 1994, el matrimonio formado por John y Luanne Buzzanca solicitaron a una mujer llamada Pamela Snell que llevar adelante la gestación de un embrión concebido con espermatozoides y óvulos de donantes anónimos, naciendo la pequeña Jaycee Louise en marzo del año 1995. El conflicto en el que se vio envuelta la niña comenzó un mes antes de su nacimiento, cuando el marido interpuso una demanda de divorcio, a la que reconvino la mujer requiriendo el pago de una pensión alimenticia para su hija.

La sentencia de primera instancia declaró a Jaycee Louise como “hija de nadie” pese a que existían cinco posibles padres: dos, los comitentes John y Luanne Buzzanca, otros dos los donantes de material genético y otra Pamela Snell, la madre subrogada. De acuerdo con el Juez de Orange County, John Buzzanca no podía ser considerado el padre legal ya que la niña había nacido luego de disuelto el matrimonio, y tratándose de Luanne Buzzanca, pese a que ella ejercía la custodia, consideró que tampoco podía ser tratada como madre legal.

El Tribunal de Apelaciones de California, revocó la sentencia de primera instancia que había declarado indeterminada la filiación de la niña (parentless), y decidió la filiación a favor de los padres intencionales (intended parents), basándose

en la voluntad de procrear de los cónyuges. Así, obligo al padre comitente al pago de una pensión alimenticia y reconoció la custodia de la niña a la madre comitente.

❖ Caso “Cynthia Moschetta” (Moran de Vicenzi & Gonzales Perez de Castro, 2013, pág. 60)

En *in re Marriage of Moschetta* se resuelve una demanda de divorcio interpuesta por Cynthia Moschetta, comitente, en la que solicitaba que se estableciera la filiación de la niña nacida durante el matrimonio a su favor, infante que fue concebida a través de un acuerdo de gestación por sustitución. Con óvulos de madre subrogada y semen del marido. El Tribunal de Apelaciones de California determinó la filiación a favor de la madre genética y al marido de Cynthia Moschetta, considerándole a esta última un régimen de visitas. Tanto en este como en otros casos, entre ellos el ya citado *Baby M*, los tribunales norteamericanos reconocen el derecho de visitas a las madres comitentes, con perjuicio innegable del niño a quien no solo se puede causar problemas psicológicos al revelar su origen (54), sino que también está expuesto a situaciones de conflicto que se pueden generar entre los padres legales y la mujer que ejerce su derecho de visitas.

❖ Caso “A. G.R. y D.R.H & S, H.” (Moran de Vicenzi & Gonzales Perez de Castro, 2013, pág. 60)

El año 2009 un Tribunal Superior de Nueva Jersey resolvió el caso *A. G.R. y D.R.H & S, H.* Una pareja de homosexuales formada por S.H. recurrió a la hermana del primero para que gestase los embriones creados con el esperma de S.H. y de una donante de óvulos anónima. Antes de la transferencia de los embriones, las partes involucradas firmaron un acuerdo mediante el cual la madre genética renunciaba a cualquier posibilidad de reclamar la maternidad, mientras que la gestante a recibir

cualquier asesoramiento legal y se comprometía además a facilitar la adopción de su hermano D.R de los niños que pudieran nacer.

Luego del nacimiento de las mellizas en octubre de 2006, interpuso una demanda solicitando que se determinara la filiación a su favor. En este caso, pese a que no existía vínculo biológico con la madre gestante, el Tribunal confirmó el precedente establecido en el caso Baby M y declaró la maternidad al valor de la madre subrogada y paternidad a favor de S.H. fundamentado su decisión en el efecto desbastador de los acuerdos de maternidad subrogada sobre las mujeres.

❖ Caso “Baby Doe” (Martinez Chavez, 2012, págs. 34-35)

Una señora llamada Judy Stiver y el marido habían aceptado que fuera inseminada con semen de Alexander Malahoff, encargándose del contrato una de las muchas agencias que en los Estados Unidos se dedican a este lucrativo negocio.

De acuerdo con el pacto, la señora Stiver y su marido recibirían diez mil dólares cuando naciera el niño y renunciara a sus derechos en favor del padre biológico.

El 10 de junio de 1983, nació el niño microcefálico, deformación que es signo de retraso mental, y pronto desarrollo una infección producida por estreptococos.

Las autoridades del hospital donde nació sugirieron un tratamiento que el supuesto padre biológico rechazó. Por lo que ocurrieron a una Corte para que impidiera que Malahoff dispusiera del enfermo e interfiriera en su atención. En tacto se definía su situación, el niño fue llamado Baby Doe.

Mientras se resolvía esa situación, Malahoff comenzó a dudar que el niño hubiese sido engendrado por él, y finalmente objeto la paternidad legalmente. El resultado de

los análisis de DNA del niño, arrojó que Malahoff no era el padre sino el marido de la madre gestante quien confesó que él y su mujer habían violado el pacto de abstinencia sexual. Finalmente, el niño fue puesto en adopción, bajo la custodia del Estado. Ni los padres biológicos, ni el pretendido padre subrogante aceptaron hacerse cargo de él.

En virtud de que este caso trascendió a los medios un comentarista escribió: “Baby Doe fue visto y discutido como mercancía de inferior calidad, como una imperfecta criatura que vino al mundo como un artículo dañado”, y agregó: “se critica a la señora Stiver por carecer de sentimientos por rechazar cualquier conexión con el niño, pero esos sentimientos son precisamente los que busca destruir el proceso de la subrogación”.

**México - Tabasco** (Leon Ortiz, 2015, pág. 114).

Cuando una pareja de esposos o concubinos contrata a una gestante para que lleve en su vientre, al embrión obtenido mediante la fertilización de un ovulo perteneciente a la gestante (o a otra mujer distinta) con el espermatozoides del esposo de la contratante, a lo que denominamos filiación biológica contractual (entre el recién nacido y, solo, el esposo o concubino); es necesaria, por parte de la mujer contratante iniciar el procedimiento de adopción plena del recién nacido para obtener el reconocimiento de parentesco equiparable al consanguíneo, y así se produzcan todas las consecuencias jurídicas.

En el caso de que una pareja contrate a una mujer gestante para que le sean implantados uno o más embriones, obtenidos mediante la donación de óvulos y espermatozoides de terceros, a lo que denominamos filiación contractual de la pareja; en cuyo caso, ambos cónyuges o concubinos tendrían que adoptar al recién nacido, ya que no existe ningún vínculo biológico entre el recién nacido y la pareja contratante

## CAPITULO II

### DISEÑO METODOLÓGICO

#### 2.1. ENUNCIADO DEL PROBLEMA

Si bien es cierto, la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, entre ellas, la maternidad subrogada, satisfacen el deseo de los comitentes o de la persona de tener un hijo a toda costa; esa misma aplicación va a transgredir nuestras instituciones jurídicas vigentes, respecto a todos los participantes de este contrato de maternidad subrogada, muy especialmente a aquel concebido, siendo una de ellas la determinación de la filiación de este último, apareciendo interrogantes como: *¿Qué tratamiento jurídico tendrán las personas nacidas mediante esas técnicas? ¿Qué procedimiento se debe seguir para que el nacido forme parte de la familia de la pareja comitente?*

Par dar respuesta a ello, abordaremos el tema, desde nuestra legislación nacional, conforme lo establece el artículo 7<sup>15</sup> de la Ley General de Salud, Ley N° 26842, el cual faculta a toda persona a recurrir a las TERAs, entre ellas la Maternidad Subrogada. Sin embargo, al analizar el citado artículo, en ninguna de sus líneas encontramos respuesta a nuestro problema de investigación, pues la referida ley no te señala el procedimiento legal que debes seguir, para que aquel bebe, que ha nacido mediante las TERAs, esté legalmente bajo la patria potestad (vinculo formal) de la persona o pareja comitente.

---

<sup>15</sup> “Artículo 7: Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así, como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos”.



Por tanto, si la normativa del Estado peruano no prohíbe el uso de técnicas médicas para la concepción, sería un contrasentido que luego de que, tal técnica alcanzo un resultado favorable (dio lugar a la concepción, gestación y nacimiento de un bebe), se perturbe o desconozca la filiación entre el recién nacido y la pareja o persona comitente.

Si no existe un concepto que aclare esta situación y si tampoco en la ley se dice nada al respecto, no se podrá determinar quiénes son los padres del bebe, lo cual ratificaría una situación de perjuicio, de falta de tutela, por parte del Estado, en contra de los menores nacidos mediante el uso de métodos de reproducción asistida; mermándose el tan aclamado Interés Superior del Niño.

Sin embargo, dicha propuesta, acarrea otro problema, por parte de la mujer gestante, quien tácitamente al momento de celebrar este contrato de maternidad subrogada, renuncia a la maternidad del niño que pretende llevar en su vientre, y es allí donde preguntamos: ¿la maternidad es un derecho renunciable? Y si la mujer sustituta es casada, aparecería otro problema, pues según nuestra legislación: “*El hijo nacido durante el matrimonio... tiene por padre al marido*” (artículo 361 del Código Civil), en consecuencia, ¿la paternidad también sería un derecho renunciable?

## **2.2. FORMULACION DEL PROBLEMA**

Ante lo antes señalado, resumimos la formulación del problema con la siguiente pregunta:

### **2.2.1. Problema principal:**

¿Cómo se determina la filiación biológica de la persona nacida, mediante la Maternidad Subrogada, en su variante heteróloga?

## **2.3. OBJETIVOS**

### **2.3.1. Objetivo General**

- Determinar la filiación de la persona nacida mediante la maternidad subrogada, en su variante heteróloga;

### **2.3.2. Objetivos Específicos**

- Analizar el tratamiento fundamental que se le otorga a la Filiación en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en nuestra Legislación Nacional.

- Reconocer las tendencias valorativas sentadas en las diversas sentencias sobre filiación en la maternidad subrogada en la jurisprudencia nacional.

- Explicar el tratamiento legal que se le da a los participantes en la Maternidad Subrogada.

- Analizar la determinación de la filiación en la Maternidad Subrogada en el Derecho Comparado.

- Implementar acciones que regulen y sistematicen adecuadamente la filiación de los nacidos mediante la maternidad subrogada en su variante heteróloga.

- Determinar si los derechos del concebido mediante la maternidad subrogada heteróloga, están siendo vulnerados con la práctica de la misma.

## **2.4. HIPÓTESIS**

### **2.4.1. Hipótesis general**

En virtud de la teoría de la voluntad procreacional, es que todo nacido mediante la aplicación de la maternidad subrogada heteróloga, tendría como padre y madre, a aquellos que desde un principio fueron autorresponsables por la procreación.

## **2.5. VARIABLES**

**2.5.1. Variable Independiente:** La teoría de la voluntad procreacional.

**2.5.2. Variable Dependiente:** Todo nacido mediante la aplicación de la maternidad subrogada heteróloga, tendría como padre y madre, a aquellos que desde un principio fueron autorresponsables por la procreación.

## **2.6. CONCEPTUALIZACION DE LAS VARIABLES**

**VI: La teoría de la voluntad procreacional.**

**VI1: La teoría de la voluntad procreacional.**

Es un sistema categorial afectivo donde la voluntad procreacional (consentimiento) juega un papel preponderante en la determinación de la filiación,

sobre el presupuesto biológico, de los nacidos en virtud de la maternidad subrogada heteróloga; de todo ello se induce la existencia de un principio que se denomina *favor affectionis*. De manera tal que, el interés no se centra en la realización del acto de procrear, sino en la voluntad de procrear, la cual se convierte en el elemento más importante, pues sin ella, no se producirá el nacimiento.

**VD: Todo nacido mediante la aplicación de la maternidad subrogada heteróloga, tendría como padre y madre, a aquellos que desde un principio fueron autorresponsables por la procreación.**

**VD1: Nacido**

Nacido que sobrevive al menos las primeras 24 horas de vida. Es la condición legal para que la persona humana sea sujeto de derecho.

**VD2: Maternidad subrogada heteróloga**

Maternidad subrogada heteróloga: conocida también como gestación por sustitución o vientre de alquiler, puede definirse como el contrato por el que una persona o, más habitualmente, una pareja comitente (homosexual o heterosexual, casada entre sí o unida de hecho), que a su vez pueden aportar o no sus gametos, encarga a una mujer que lleve a término la gestación – aportando o no su ovulo – y nacimiento de un niño concebido mediante técnicas de reproducción asistida, a cambio de una prestación económica o a título gratuito.

**VD3: Padre y Madre son aquellos que desde un principio fueron autorresponsables por la procreación.**

En los regímenes de filiación, matrimonial y extramatrimonial, se reconoce la existencia de un elemento de responsabilidad por la procreación, al cual se denomina principio de autorresponsabilidad por la procreación. De esta perspectiva, la paternidad y maternidad no se establecen por la sola existencia de la relación biológica, sino, sobre todo, para que el varón como la mujer, asuman las obligaciones que les corresponden por haber realizado los actos que causaron tal nacimiento.

## 2.7. OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES

### 2.7.1 Indicadores

**VI1:** La teoría de la voluntad procreacional.

**TABLA N° 04**

<b>VARIABLE</b>	<b>INDICADOR</b>	<b>FUENTE</b>
<b>V.I.1</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Procreación Humana</li> <li>- Técnicas de Procreación Humana</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Doctrina</li> <li>- Jurisprudencia Nacional</li> <li>- Jurisprudencia Extranjera</li> <li>- Derecho Comparado</li> </ul>

**VD1:** Nacido.

**TABLA N° 05**

<b>VARIABLE</b>	<b>INDICADOR</b>	<b>FUENTE</b>
-----------------	------------------	---------------

<b>V.D.1</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Inicio de la Persona Humana</li> <li>- Interés Superior del Niño</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Código Civil Peruano</li> <li>- Código del Niño y del Adolescente</li> <li>- Artículos de opinión</li> </ul>
--------------	--	---

**VD2:** Maternidad subrogada heteróloga

**TABLA N° 06**

<b>VARIABLE</b>	<b>INDICADOR</b>	<b>FUENTE</b>
<b>V.D2</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Maternidad</li> <li>- Gestación</li> <li>- Alquiler de vientre</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Ley General de Salud</li> <li>- Jurisprudencia Nacional</li> <li>- Jurisprudencia Extranjera</li> <li>- Doctrina</li> <li>- Derecho Comparado</li> </ul>

**VD3:** Padre y Madre son aquellos que desde un principio fueron autorresponsables por la procreación.

**TABLA N° 07**

<b>VARIABLE</b>	<b>INDICADOR</b>	<b>FUENTE</b>
<b>V.D3</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Regímenes de Filiación</li> <li>- Principio de autorresponsabilidad</li> <li>- Consecuencias de la Filiación</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Artículos 361 a 417 del Código Civil.</li> <li>- Jurisprudencia Nacional</li> </ul>

		- Jurisprudencia Extranjera - Doctrina - Derecho Comparado
--	--	--

## **2.8 CRITERIO METODOLOGICO A EMPLEAR PARA LA PROBANZA DE LA HIPOTESIS**

### **2.8.1. Tipo de Estudio**

Se debe indicar el camino a seguir para lograr la demostración de la hipótesis formulada.

El tipo de Estudio utilizado en el presente proceso de investigación es Documental – Básica. Es documental puesto que estudia un problema con el propósito de ampliar y profundizar el conocimiento de su naturaleza. Es básica, porque mejora el entender de un conocimiento existente, tratando de determinar la filiación de los concebidos por maternidad subrogada heteróloga.

Como diseño que corrobore nuestra hipótesis, hemos elegido el diseño de investigación no experimental, debido a que no se va a manipular variables. Es longitudinal puesto que nuestra investigación se centra en recolectar información a través del tiempo como, normas, doctrinas y jurisprudencias, con las cuales se realizara el marco teórico de la investigación.

### **2.8.2. Método de Investigación para la Probanza Jurídico Social**

En el presente proceso de investigación el método de estudio que se utiliza es:

- **Método Jurídico - Comparativo:** El cual no sólo determina el ámbito sobre el cual se va a investigar, sino que suministra un criterio que tiene por objeto integrar el material positivo que opera en los conceptos jurídicos, para fijar después los principios generales mediante el análisis y la síntesis (Tamayo, 2002). Nuestra investigación es Jurídico Comparativa puesto que, la presente investigación compara los distintos fallos judiciales que ha tenido el Perú, España, Estados Unidos, México, Reino Unido, haciendo énfasis en lo concerniente a la filiación de los nacidos mediante las TERAS, en especial la maternidad subrogada heteróloga.

- **Método Teleológico – Dogmático:** Consiste en desentrañar la razón intrínseca de la norma, esto es, indagar en la voluntad objetiva de la ley (Pardinas, 1969); esto realizando un análisis de lo señalado por nuestro de Código Civil y nuestra Ley General de Salud, y demás normas complementarias, en torno a la maternidad subrogada heteróloga. Es dogmático, pues a través de este método se determinará la doctrina referente al Derecho a la Filiación Biológica; la cual constituirán los medios para interpretar el sentido de la norma jurídica.

- **Método Predictivo:** A través de la contrastación de nuestra investigación determinaremos la filiación de los nacidos mediante la maternidad subrogada en su variante heteróloga.

### 2.8.3. Técnicas utilizadas

- **Fichaje:** a través del fichaje bibliográfico se compilará todo lo que se ha escrito directa o indirectamente sobre la Maternidad Subrogada, en su vertiente heteróloga, llegando a tener una postura respecto a la investigación.

- **Recolección y Análisis de datos:** por medio de esta técnica se analizará minuciosamente la información doctrinaria y legislación comparada sobre el tema



objeto de nuestra investigación; haciendo uso de la Técnica del Fotocopiado, la Técnica del Internet, Técnica de recopilación documental, Técnica del Escaneo.

### **CAPITULO III**

#### **PROBANZA DE LA HIPOTESIS O RESULTADOS Y DISCUSION**

Después de haber desarrollado los capítulos precedentes, en el presente capítulo se analizará y se demostrará la hipótesis de la investigación.

#### **3.1. VALIDACIÓN Y CONTRASTACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

##### **3.1.1. Variable 1**

##### **La teoría de la voluntad procreacional.**

Después de haber consultado en la doctrina nacional, como en la extranjera, analizando, asimismo, nuestra legislación nacional, en cuanto a los regímenes de filiación, y desarrollado así, en todas sus vertientes, el problema de nuestra investigación, podemos concluir que existe un elemento voluntario en la procreación, toda vez que se ha podido identificar los siguientes factores:

a) Es la voluntad (deseo) de la pareja (consentimiento de realizar la inseminación artificial con gametos de terceros) la que se convierte en elemento basilar para poder determinar la filiación con el menor.

b) Si bien es cierto, en la filiación tradicional, prevalece el presupuesto biológico, también es verdad, que allí, implícitamente, existe el *favor affectionis*, cuya

aplicación se haría extensible a la determinación de la filiación de los nacidos en virtud de estas técnicas, como la maternidad subrogada.

c) El consentimiento (declaración de voluntad) marca la obligación y responsabilidad de las personas que autorizaron la técnica de procreación, quienes no pueden negar su compromiso.

d) Para establecer el vínculo de filiación, confluyen varios factores, siendo el más tradicional la descendencia biológica, sin embargo el factor del tipo sociológico y de responsabilidad, también la determinan, tal como sucede en los supuestos de reconocimientos de complacencia o en la adopción.

e) El fundamento de la voluntad que da origen a la filiación, según Trabucchi, citado por Moran de Vicenzi, estaría en que el *elemento di verità*, el elemento de veracidad es necesario, pero insuficiente para determinar el vínculo jurídico de paternidad, ya que la juridicidad de la relación paterno-filial está constituida por un conjunto de derechos, obligaciones y responsabilidades recíprocas, cuyo fundamento se encuentra en el propio sistema inspirado en consideraciones de tipo social y afectivo (Moran de Vicenzi, 2005, pág. 82).

### 3.1.2. Variable 2

**Todo nacido mediante la aplicación de la maternidad subrogada heteróloga, tendría como padre y madre, a aquellos que desde un principio fueron autorresponsables por la procreación.**

Respecto a esta variable, después de haber realizado todo el análisis, hasta obtener una unidad de criterios, sobre todo en la doctrina; se ha podido llegar a determinar que, en la maternidad subrogada heteróloga, se considera padre y madre a la pareja comitente, por las siguientes razones:

a) Porque es la persona que ha deseado tener ese hijo, aunque haya hecho uso de la maternidad subrogada;

b) Porque la mujer gestante se ha prestado voluntariamente a ello, renunciando a cualquier derecho sobre ese niño. Además por lo general, ha recibido una contraprestación económica, lo que significa que para ella, colaborar en la gestación contratada ha sido consecuencia de un negocio con un fin lucrativo;

c) Creo que no cabe alegar por la gestante una vez que ha dado a luz, motivos sentimentales y lazos de cariño con ese niño que ha llevado en su seno durante nueve meses, porque si bien es cierto que éstos, pueden existir, también es verdad que todos esos detalles se le han dado a conocer antes de prestarse a cumplir este tipo de pacto;

d) Porque la mujer que ha llevado a cabo la gestación conoce que su misión es el alumbramiento, para posteriormente entregar al hijo a la mujer que se lo ha encargado;

e) Por último, estimo que iría en contra de la regla que se da en la inseminación artificial y fecundación in vitro, que no atribuye la paternidad-maternidad a la persona que presta un servicio (donante-tercero), sino a las personas que han deseado y querido un hijo para ellos, dado que el donante, solo interviene para hacer posible la fecundación de un ser humano, lo cual no acarrea una relación jurídica entre ellos.

### **3.2. PROBANZA DE LA HIPOTESIS**

**En virtud de la teoría de la voluntad procreacional, es que todo nacido mediante la aplicación de la maternidad subrogada heteróloga, tendría como padre y**

**madre, a aquellos que desde un principio fueron autorresponsables por la procreación.**

Para probar nuestra hipótesis, debemos tener en cuenta que la doctrina, en su mayoría, opina que existe un elemento voluntario y uno de responsabilidad en la procreación humana, con respecto a ello, hemos considerado principalmente la opinión de la doctora Claudia Moran de Vicenzi, (Moran de Vicenzi, El concepto de filiación en la fecundación artificial , 2005) quien refiere que:

*“El elemento voluntario se puede inducir de las normas que admiten la eficacia de un reconocimiento realizado por el varón, a sabiendas, de la falta del vínculo biológico con el hijo, o de las que atribuyen legalmente la paternidad al marido cuando en realidad la fecundación no es obra suya”.*

Además, debemos considerar lo que el *Derecho Comparado* nos proporciona en cuanto a Filiación en la Maternidad Subrogada Heteróloga, siendo que hemos tomado como referencia a países como *Estados Unidos, España, y Reino Unido*, siendo el caso Español el que más se asemeja a nuestra realidad, tomando como punto de partida, para determinar la filiación, tanto el *favor veritatis* vs. el *favor affectionis*.

Finalmente, el Estado garantizara el interés superior del niño, al establecer su filiación; por tanto, en el presente caso, tenemos que ha quedado plenamente comprobada la hipótesis planeada, esto debido al análisis realizado, además lo señalado por la Doctrina y el Derecho Comparado, lo que demuestra que *en virtud de la teoría de la voluntad procreacional, todo nacido mediante la aplicación de la maternidad subrogada heteróloga, tiene como padre y madre, a aquellos que desde un principio fueron autorresponsables por la procreación*; demostrándose una problemática que merece un tratamiento especial y la búsqueda soluciones a este problema.

En ese sentido, creemos pertinente proponer algunas posibles soluciones a esta problemática, las cuales serán expuestas en las recomendaciones de la presente investigación.

## **CONCLUSIONES**

1. En virtud de la teoría de la voluntad procreacional, todo nacido mediante la aplicación de la maternidad subrogada heteróloga, tendría como padre y madre, a aquellos que desde un principio fueron autorresponsables por la procreación.

Por lo expuesto se puede concluir que el vínculo entre padres e hijos se construye, es por ello que la filiación, no solo tiene relación con lo biológico, sino que se constituye con la actitud de ser padre o madre y querer afrontar ese compromiso, proporcionándole una familia al niño o niña procreados, con la cual pueda crecer y desarrollarse y recibir los cuidados necesarios, independientemente si son o no sus padres biológicos.

2. Si en el régimen de adopción, funciona, correctamente, el favor affectionis, y se es flexible, puesto que hay miles de niños que carecen de familia y necesitan amor; ¡porque! esta forma de determinar, en nuestra legislación actual, la paternidad y la maternidad ¿no puede solucionar el problema de investigación planteado?, máxime, si en este caso, se está dando vida a un nuevo niño, lo cual no sucede en la adopción.

Además, el efecto será el mismo, prevalecería, una vez más, el Interés Superior del Niño; pues, se le vinculara a personas, que anhelan ser sus padres (los cuales tienen las mejores condiciones para su cuidado y crianza), y con ello no se estaría vulnerando las normas del derecho peruano, las cuales tratan al niño como sujeto de derecho, siendo el rol del Estado de resguardar y hacer efectivos sus derechos. Con ello, les estaríamos brindando a los niños nacidos mediante la maternidad subrogada, una familia bien

constituida que contribuye a su desarrollo integral. Operaría como una medida alternativa, pues a nadie se le obliga.

3. Los hijos nacidos por maternidad subrogada heteróloga, tienen iguales derechos y deberes que los hijos nacidos por medios naturales de acuerdo con el artículo 6 de nuestra Constitución Política; sin embargo, el derecho a la identidad y el derecho al desarrollo de nuestra personalidad, está siendo vulnerado con la práctica de la Maternidad Subrogada.

4. En el Perú no existe legislación civil sobre el tema. Hay una urgente necesidad de reglamentar todo lo relativo a estas técnicas de procreación humana asistida, incluida la maternidad subrogada en todas sus variantes, ya que el artículo 7 de la Ley General de Salud no es suficiente para resolver los potenciales conflictos (como la determinación de la filiación), que se puedan presentar en esta materia.

5. Consideramos que los operadores jurídicos resuelvan por analogía, ya que existen casos de doctrina internacional, que sirven de pauta para la determinación de la filiación en los casos de maternidad subrogada heteróloga.

## RECOMENDACIONES

1. A través de este trabajo *se recomienda* que el Estado asuma responsabilidad e inmediatamente cree una ley ad hoc para este problema, lo cual motivara a reformar, renovar e institucionalizar el Libro de Derecho de Familia, concerniente a la filiación; puesto que, el artículo 7 de la Ley General de Salud, no es suficiente para abordar todas las implicancias bioéticas que genera el uso de esta técnica, conforme se ha establecido en el presente trabajo de investigación. La creación de esta ley, brindará seguridad jurídica a las partes implicadas, especialmente a los menores; sin olvidar, que detrás de las TERAS hay toda una industria sumamente lucrativa que tiende a crecer, y que es necesario regular. Para lograrlo, será importante considerar las siguientes premisas:

a) Determinar como condición indispensable, para recurrir a las TERAS el haber seguido sin éxito un tratamiento de fertilidad; ya que las TERAS son procesos supletorios de la infertilidad, y esta exigencia consolidaría los medios y fines de la procreación asistida.

b) Limitar el uso de la maternidad subrogada a personas de edad avanzada, pues se pone por encima del interés superior del Niño el deseo de los progenitores.

c) Prohibir la celebración de contratos de maternidad subrogada de naturaleza onerosa en nuestro país.

d) Fomentar la cultura de la adopción plena, antes de aplicar la maternidad subrogada heteróloga, y,

e) Atender al Interés Superior del Niño en los conflictos que versen sobre el reconocimiento del vínculo materno y paterno filiales en la maternidad subrogada.

2. *Recomendar* al Poder Legislativo a admitir la aplicación de la maternidad subrogada heteróloga, debiéndose modificar el artículo 7 de la Ley General de Salud; ya que de no hacerlo, aumentaría el turismo reproductivo, lo cual empeoraría la situación jurídica del concebido mediante las TERAS, debido a que el tema no es de uniformidad doctrinaria, jurisprudencial ni legislativa alrededor del mundo.

3. *Se recomienda*, dar autorización a las clínicas médicas que prestan estos servicios en el país, para su mejor control y vigilancia; capacitando al personal de las mismas, sobre todo, en el tema de quienes pueden ser destinatarios de la maternidad subrogada, y en el deber ético y jurídico del equipo médico, consistente en informar a las parejas sobre los riesgos y expectativas de éxito; todo ello a fin de justificar la aplicación de la misma. Asimismo crear una entidad encargada de regular la investigación y el tratamiento de la infertilidad humana, para su completa supervisión, como la Human Fertilization and Embriology Authority (Reino Unido).

4. *Recomendar* al Ministerio de Salud crear un Registro de donantes de gametos y un Registro de las parejas sometidas a este tipo de técnicas de reproducción, para la salvaguarda de los orígenes del concebido (Derecho a la Identidad) mediante Maternidad Subrogada Heteróloga.



## BIBLIOGRAFIA

Belloso Martin, N. (2015). Presupuestos teórico jurídicos de los contratos biojuridicos.

*Persona y Derecho: Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*(78), 198.

Brena Sesma, I. (2014). Maternidad subrogada ¿Autonomía o Sumisión? *Revista de Derecho y Genoma Humano*(40), 133-145.

Bullard González, A. (2006). *Derecho y Economía. El análisis economico de las isntituciones legales*. Lima: Palestra Editores.

Constitución Política de España. (1978). Artículo 39.2. (Título I). *Constitución Política de España* .

Corral Garcia, E. (2013). El derecho a la reproduccion humana ¿debe permitirse la maternidad subrogada? *Revista de Derecho y Genoma Humano* , 62-63.

Cortes Generales de España. (26 de Mayo de 2006). *Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida [Ley N° 14]* . Obtenido de [archivos.juridicas.unam.mx](http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2292/21.pdf):  
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2292/21.pdf>

creando familias. (s.f.). Obtenido de [www.creandofamilias.com](http://www.creandofamilias.com/):  
<http://www.creandofamilias.com/>

Diario de Navarra. (2014). *El primer bebe probeta de España cumple 30 años*. Obtenido de [www.diariodenavarra.es](http://www.diariodenavarra.es):  
[http://www.diariodenavarra.es/noticias/mas\\_actualidad/sociedad/2014/07/12/el\\_primer\\_bebe\\_probeta\\_espana\\_cumple\\_anos\\_167219\\_1035.html](http://www.diariodenavarra.es/noticias/mas_actualidad/sociedad/2014/07/12/el_primer_bebe_probeta_espana_cumple_anos_167219_1035.html)

El Comercio. (28 de Marzo de 2016). *Perú: Negocio de la fertilidad movería US\$120 mlls. el 2021*. Obtenido de [elcomercio.pe](http://elcomercio.pe/economia/dia-1/peru-negocio-fertilidad-moveria-us-120-mlls-2021-176872): <http://elcomercio.pe/economia/dia-1/peru-negocio-fertilidad-moveria-us-120-mlls-2021-176872>

- El País. (1984). *El destino de dos embriones humanos congelados cuyos padres fallecieron apasiona a la opinión pública australiana*. Obtenido de elpais.com:  
[https://elpais.com/diario/1984/06/20/sociedad/456530408\\_850215.html](https://elpais.com/diario/1984/06/20/sociedad/456530408_850215.html)
- El País. (1985). *El médico de Corinne Parpalaix confirma el fracaso de la inseminación artificial con el espermato de su marido fallecido*. Obtenido de elpais.com:  
[https://elpais.com/diario/1985/01/12/sociedad/474332405\\_850215.html](https://elpais.com/diario/1985/01/12/sociedad/474332405_850215.html)
- El País. (2010). *El primer bebé probeta vasco cumple 25 años*. Obtenido de elpais.com:  
[https://elpais.com/diario/2010/07/04/paisvasco/1278272404\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2010/07/04/paisvasco/1278272404_850215.html)
- Fresnedo de Aguirre, C. (2016). *El régimen internacional de la filiación y los derechos humanos: el diálogo de las fuentes*. Obtenido de Revista de Derecho. Universidad Católica de Derecho de Uruguay: <file:///C:/Users/GCORDOVA/Downloads/860-1-3345-1-10-20160131.pdf>
- García Amezcua, J. (2014). Maternidad subrogada llevada a cabo en el extranjero: una mirada normativa y jurisprudencial de la realidad en España. *Revista de Derecho y Genoma Humano*(40), 148.
- García Pedrero, G. (1 de Junio de 1995). *La genética actual y el Derecho de Familia*. Obtenido de Revista Jurídica del Perú Abril – Junio 1995 Año XLV N° 02 :  
<https://www.muyinteresante.es/ciencia/articulo/historia-de-la-primera-bebe-probeta-921469528205>
- Igareda Gonzales, N. (2014). La gestación por sustitución necesita un cambio legislativo en España. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 171-191.
- Lalupú Sernaqué, L. A. (2013). *Las Técnicas de Fecundación Artificial: la Maternidad Subrogada y Dignidad Humana* (Primera ed.). Lima: Editorial San Marcos.
- Leon Ortiz, M. Á. (2015). La regulación de la gestación y maternidad sustitutas en el Estado de Tabasco. *Revista de Derecho y Genoma Humano*(42), 119.
- Martínez Aleman, I. (2017). Vientres de alquiler, ¿paternidad a toda costa? *Hacer Familia*(276), 61.
- Martínez Chávez, M. P. (2012). La maternidad gestante. Reflexiones en torno al concepto, definición y naturaleza jurídica. *ARS IURIS Revista del Instituto Panamericano de Jurisprudencia*(48), 75.
- Mata, M. C. (noviembre de 2000). Reflexiones acerca de las investigaciones en comunicación. *Revista Latina de Comunicación Social*(35). Obtenido de MATA, María Cristina,

- 2000: "Reflexiones acerca de las investigaciones en comunicación ", en Revista Latina de Comunicación Social, número 35, de noviembre de 2000. .
- Miranda Canales, M. (1 de Abril de 1995). *La genética actual y el Derecho de Familia*. Obtenido de Revista Jurídica del Perú Abril – Junio 1995 Año XLV N° 02: <http://www.geocities.ws/tdpcunmsm/derhum1.html>
- Montero, E. (2015). La maternidad de alquiler frente a la summa divisio iuris entre las personas. *Revista Persona y Derecho* , 223-236.
- Moran de Vicenzi, C. (2005). *El concepto de filiacion en la fecundacion artificial* . Lima: ARA Editores - Universidad de Piura.
- Moran de Vicenzi, C., & Gonzales Perez de Castro, M. (2013). Los acuerdos de maternidad subrogada en el Perú. A propósito del primer caso de maternidad subrogada, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Republica. *Revista Jurídica Thomson Reuters*, 41-63.
- Moro Almaraz, J. (1988). *Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación In Vitro* (Primera ed.). Barcelona: Librería Bosch.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Obtenido de [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org): <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>
- Pardinas, F. (1969). *Metodología y técnica de investigación en ciencias sociales*. Mexico: Ciclo Veintiuno Editores.
- Pérez Monge, M. (2002). *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida* (Primera ed.). Madrid: J. San José S.A.
- Pinzón Marín, I., Rueda Barrera, E., & Mejía Patiño, O. (2015). La aceptabilidad jurídica de la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre. *Revista de Derecho y Genoma Humano*(43), 37-57.
- Placido. (2008). *Otro punto olvidado: el principio de promoción del matrimonio y el régimen legal de filiación* . Obtenido de [blog.pucp.edu.pe](http://blog.pucp.edu.pe): <http://blog.pucp.edu.pe/blog/alexplacido/2008/04/28/otro-punto-olvidado-el-principio-de-promocion-del-matrimonio-y-el-regimen-legal-de-filiacion/>
- República de Costa Rica, A. L. (1996). *Proyecto de Ley que regula los Procedimientos de Fecundación Asistida*. Obtenido de [www.asamblea.go.cr](http://www.asamblea.go.cr): <http://asamblea.go.cr/sd/Documents/referencia%20y%20prestamos/BOLETINES/BOL>

ETIN%2003/18824.%20%20Proyectos%20relacionados/12291.%20%20%20Informe  
%20Jur%20C3%ADdico.pdf

Tamayo, M. (2002). *El proceso de la investigación científica* (Cuarta ed.). Editorial Limusa.

TDEH. (1 de Abril de 2010). *Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Estrasburgo (Sección I), de 1 abril 2010 S.H. y otros contra AUSTRIA*. Obtenido de [www.poder-judicial.go.cr](http://www.poder-judicial.go.cr): <http://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/images/cefcca/Documentos/Ponencias/SHyotroscontraAUSTRIA.html>

# **ANEXOS**

# **ANEXO N° 01**

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA**  
**SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA**  
**CAS. N° 563-2011**  
**LIMA**

Lima, seis de diciembre de dos mil once.-

**LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA;** vista la causa número quinientos sesenta y tres – dos mil once, en audiencia pública de la fecha; de conformidad con el Dictamen Fiscal Supremo y producida la votación de acuerdo a ley, se emite la siguiente sentencia:

**1. MATERIA DEL RECURSO:**

Se trata del recurso de casación de fojas seiscientos sesenta y tres interpuesto por la demandada Isabel Zenaida Castro Muñoz, contra la sentencia de vista de fojas mil ochocientos noventa y dos, de fecha treinta de noviembre de dos mil diez, que confirma la apelada de fecha quince de abril del año dos mil diez, que declara fundada la demanda de adopción por excepción incoada a fojas noventa subsanada a fojas ciento seis; declara a la menor Vittoria Palomino Castro, hija de don Giovanni Sansone y de doña Dina Felicitas Palomino Quicaño, nacida el veintiséis de diciembre de dos mil seis en el Distrito de San Borja, en los seguidos por Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone con Isabel Zenaida Castro Muñoz sobre adopción de menor.

**2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:**

Esta Sala mediante resolución de fecha seis de julio del año dos mil once, declaró procedente el recurso de casación, por causal de infracción normativa

sustantiva de los artículos 115 y 128 inciso b) del Código de los Niños y Adolescentes; 378 inciso 1) y 5) y 381 del Código Civil.

### **3. CONSIDERANDO:**

**PRIMERO.-** Que, la adopción es aquella institución por la cual el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea, siendo requisito que el adoptante goce de solvencia moral, que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar, que concurra el asentimiento de su cónyuge, que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela; y encontrándonos ante un proceso de adopción por excepción se requiere adicionalmente que el adoptante posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción, conforme a lo establecido en el inciso “b” del artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes, sin que medie declaración de estado de abandono del niño o del adolescente (como si ocurre en los otros casos regulados en el mismo Código).

**SEGUNDO.-** Que, la adopción por excepción es una institución que lleva este nombre por cuanto, dentro del sistema de adopciones que contiene el Código del Niño y el Adolescente, en el Libro III, Título II, Capítulo I se establece un proceso administrativo de adopción, donde previamente se declara el estado de abandono (artículo 248 del Código del Niño y el Adolescente); este proceso se desarrolla para todos los niños que no cuentan con parientes que se hagan cargo de ellos o se impone como medida de protección para los Niños (as) y Adolescentes que cometan infracción a la ley penal; sin embargo existen otros niños (as), y adolescentes que no obstante tenerlos por circunstancia excepcionales, pueden ser adoptados por otras personas pero manteniendo un enlace familiar, ante lo cual el proceso será judicial. Institución que se encuentra plagada por la protección dada al niño (a) o adolescente, pues con ella se



busca proteger su derecho a la identidad (artículo 6 del Código del Niño y el Adolescente) y a vivir en una familia (artículo 8 del Código del Niño y el Adolescente).

**TERCERO.-** Que a fin de establecer si en el caso de autos, se ha incurrido en la infracción normativa, es necesario efectuar un análisis de lo acontecido en el proceso:

i) Por demanda de fojas noventa subsanada a fojas ciento seis, doña Dina Felicitas Palomino Quicaño y don Giovanni Sansone, interponen demanda de adopción civil por excepción de la niña Vittoria Palomino Castro, nacida el veintiséis de diciembre de dos mil seis, arguyendo como fundamentos de hecho de la demanda que la niña cuya adopción solicitan, es hija de don Paúl Frank Palomino Cordero, quien a su vez es hijo de José Palomino Quicaño, hermano de la co demandante Dina Felicita Palomino Quicaño, por lo que invocan el supuesto normativo a que se contrae el inciso “b)” del artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes. Agregan, que a la niña la tienen en su poder desde el dos de enero de dos mil siete, fecha en que los padres biológicos la entregaron provisionalmente. ii) los demandados contestan la demanda a fojas ciento veintidós y ciento treinta y dos, precisando que se allanan y reconocen la demanda en los términos que allí constan; iii) tramitado el proceso conforme a su naturaleza, el juez expidió sentencia declarando fundada la demanda, sustentada en los siguientes argumentos: a) con el acta de nacimiento de fojas veintiuno se encontraba acreditado el nacimiento de la niña Vittoria Palomino Castro, siendo su madre biológica doña Isabel Zenaida Castro Muñoz, figurando como padre biológico don Paúl Frank Palomino Cordero, habiendo sido reconocida por ambos emplazados, motivo por el cual dicha partida es medio probatorio de la filiación conforme al artículo 387 del Código Civil; b) que, si bien es cierto, de los resultados de la prueba de ADN de fojas mil treinta seis se desprende que el demandado Paúl Frank Palomino Cordero no es padre biológico de la menor, sino el propio demandante Giovanni Sansone, lo es también que el acta de nacimiento de la menor que obra a fojas veintiuno, constituye documento público que mantiene su eficacia jurídica al no haberse presentado en autos sentencia judicial firme que declare su nulidad, en virtud de lo dispuesto por el artículo 58 de la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – Ley

26497, que establece que “las constancias de inscripción emitidas por el Registro Nacional de Identificación y estado civil, serán consideradas instrumentos públicos y probarán fehacientemente los hechos a que se refieran, salvo que se declare judicialmente su nulidad de dicho documento”; c) que, mediante escritos de fojas doscientos veintiuno, doscientos cincuenta y cuatro, doscientos setenta y uno y trescientos catorce la codemandada Isabel Zenaida Castro Muñoz se desiste del proceso de adopción, sin embargo éste se tuvo por no presentado pues luego que fue requerida por el Juzgado a fin que precise el acto procesal materia de desistimiento, realizó subsanación defectuosa, resolución que no fue impugnada oportunamente; e) no obstante ante la duda del asentimiento o no de la madre biológica, se tuvo en cuenta el principio del Interés Superior del Niño y el respeto de sus derechos, por tanto, al encontrarse en oposición el derecho de la madre de prestar su asentimiento en un proceso de adopción y el derecho de la niña a tener una familia, y, por ende, continuar siendo parte de la que conforma desde su nacimiento con los demandantes, consideró que debía preferirse el derecho de esta última a tener una familia, cuya salud física, solvencia moral de los pre adoptantes, estaba acreditada; iv) la Sala Superior confirmó la sentencia que declaró fundada la demanda, mediante sentencia de fecha treinta de noviembre del año dos mil diez, sustentándola en los siguientes argumentos: a) que, los demandados Paúl Frank Palomino Cordero e Isabel Zenaida Castro Muñoz figuran formal y legalmente como progenitores de la niña Vittoria Palomino Castro y ellos voluntariamente la entregaron a los pre-adoptantes a los días de nacida, renunciando y desentendiéndose de este modo y por completo de las responsabilidades que como madre y padre tenían con su hija; b) ha quedado demostrado con los informes sociales y psicológicos que la niña se encuentra plenamente identificada con el entorno familiar constituido por los pre - adoptantes, al vivir con ellos desde los primeros días de su existencia; c) que, si bien mediante la prueba de ADN se ha establecido que el progenitor de la niña es el demandante Giovanni Sansone, confluyendo en su persona una doble calidad como padre biológico y como pre -adoptante, no es menos cierto que por esta vía o por acción posterior el reconocimiento de su situación legal de padre será resuelta a su favor, por lo que no existe razón alguna para mantener en la incertidumbre

la existencia de dicha relación paterno filial, y, por ende, impedir que la niña goce de la filiación paterna a que tiene derecho y cuya naturaleza u origen no podrá ser mencionada en documento alguno; d) se señala que la madre biológica en total acuerdo con su conviviente, procreó a la niña, aceptando ser inseminada artificialmente por persona distinta a su pareja por el vínculo que existía y con la intención de mejorar su situación para viajar a Italia con su familia, lo que dista de la lógica de una maternidad responsable respecto del hijo que iba a engendrar, lo que revela en los demandados su intencionalidad en la concepción de un ser humano con fines distintos a la maternidad o paternidad, razón por la cual el Colegiado se aparta de la previsión legal contenida en el artículo 378 inciso 5) del Código Civil referente al asentimiento de los padres para la adopción, privilegiándose el derecho fundamental de la niña a permanecer con la familia que le ha brindado protección, atención y cariño frente al derecho de la patria potestad de un padre y una madre que desde su concepción y posterior nacimiento actuaron desvalorizando la condición humana de la niña.

**CUARTO.-** Que, la recurrente en su agravio denuncia: i) la infracción normativa sustantiva del artículo 115 del Código de los Niños y Adolescentes<sup>16</sup>; precisando que no procede la adopción, ya que el padre biológico de la menor, Giovanni Sansone, sabe que solicitó la reproducción asistida en la Clínica Miraflores, que la niña Vittoria Palomino Castro es su hija biológica y legal, por tanto no procede esta figura de la adopción entre padres biológicos; ii) la infracción normativa sustantiva del artículo 128 inciso b del Código de los Niños y Adolescentes<sup>17</sup>; sosteniendo que se

---

<sup>16</sup>Artículo 115.- Concepto.-

La Adopción es una medida de protección al niño y al adolescente por la cual, bajo la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza. En consecuencia, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

<sup>17</sup> Artículo 128.- Excepciones.-

En vía de excepción, podrán iniciar acción judicial de adopción ante el Juez especializado, inclusive sin que medie declaración de estado de abandono del niño o del adolescente, los peticionarios siguientes:

(...) b) El que posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción; y

afirma que la accionante, es tía del padre demandado, y por ende, también pariente de la niña a ser adoptada, sin embargo la presunta tía demandante Dina Felicitas Palomino Quicaño, no guarda ningún parentesco consanguíneo o de afinidad con Vittoria Palomino Castro, al no ser Paúl Frank Palomino Cordero su verdadero padre, esto es, no ser su padre biológico; por lo que, al no tener Dina Felicitas Palomino Quicaño, ningún parentesco con la menor, no puede darse la demanda de adopción por excepción; iii) la infracción normativa sustantiva del artículo 378 inciso 1) y 5) del Código Civil<sup>18</sup>; arguye que para que proceda la adopción se requiere que los adoptantes gocen de solvencia moral y que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad; sin embargo los pre- adoptantes no gozan de solvencia moral para adoptar a su menor hija, pues a lo largo del proceso han mentido no solo al juzgador sino a los recurrentes, a fin de engañarlos y quedarse con su hija. Hechos que no han sido tomados en cuenta al momento de sentenciar; y iv) la infracción normativa sustantiva del artículo 381 del Código Civil<sup>19</sup>; sustentan que si no fuera porque los recurrentes en las audiencias de autos, manifestaron que Giovanni Sansone era el padre biológico de la menor Vittoria Palomino Castro, nunca se hubiera sabido la verdad, por tanto, siempre se han conducido con la verdad al contrario de los demandantes quienes los engañaron y estafaron a los jueces a fin de tener un derecho que no les corresponde.

**QUINTO.-** Que, al respecto se debe precisar previamente que, encontrándonos ante un proceso en el que se encuentran involucrados derechos

---

(...)

<sup>18</sup>Artículo 378.- Para la adopción se requiere:

1.- Que el adoptante goce de solvencia moral. (...)

5.- Que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela.

(...)

<sup>19</sup> Artículo 381.- La adopción no puede hacerse bajo modalidad alguna.

fundamentales de una niña, corresponde aplicar el derecho bajo estricta sujeción del Interés Superior del Niño y el Adolescente, consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, según el cual “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.”, principio que guarda relación con la Constitución Política del Perú que asumiendo el principio protector del niño y del adolescente ha señalado en su artículo 4 que la comunidad y el estado protegen especialmente al niño y al adolescente; asimismo se encuentra consagrado en la Declaración de los Derechos del Niño y en la Convención sobre los Derechos de las que somos Estado parte; y cuenta con legislación supranacional que regula los derechos del niño en el mismo sentido otorgándole un tratamiento especial, las que también constituyen fuente de regulación en el tratamiento de protección a los niños y adolescentes; tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos que en su artículo 25 reconoce el principio de protección especial al señalar que la infancia tiene derecho a cuidados especiales; asimismo la Declaración Americana sobre Derechos Humanos que ha reconocido en su artículo 19 que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, la sociedad y el Estado

**SEXTO.-** Que, debe entenderse por Interés Superior del Niño como la plena satisfacción de sus derechos, la protección integral y simultánea de su desarrollo integral y la calidad o nivel de vida adecuado (artículo 27.1 de la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños) el cual nos trae como consecuencia que, en virtud del mismo, los derechos del niño y la niña deban ser interpretados sistemáticamente ya que en su conjunto aseguran la debida protección de los mismos; pues el mismo permite resolver “conflicto de derechos” recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto, luego de haberse establecido la imposibilidad de

satisfacción conjunta; siendo los dos parámetros que enmarcarán el presente pronunciamiento.

**SÉTIMO.-** Que, asimismo el Tribunal Constitucional mediante la sentencia expedida en el expediente 02079-2009-PHC/TC, al interpretar los alcances del principio del interés superior del niño y del adolescente, así como el presupuesto de interpretación constitucional; en su fundamento trece ha interpretado: “(. . .) el deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula no solo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, éste debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente. En consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último; y es que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos...”.

**OCTAVO.-** Que, bajo estas premisas y atendiendo el Interés Superior del Niño y Adolescente se encuentra acreditado que: i) los demandantes y los demandados, acordaron que Isabel Zenaida Castro Muñoz y Giovanni Sansone se sometan a un proceso de fecundación asistida a fin de procrear a la menor Vittoria Palomino Castro, para que luego ésta sea entregada a los demandantes, lo que se concretó; ii) la menor Vittoria Palomino Castro nació el veintiséis de diciembre de dos mil seis según consta en el acta de nacimiento de fojas veintiuno, donde los demandados Paúl Frank

Palomino Cordero e Isabel Zenaida Castro Muñoz constan como padres y declarantes; iii) la menor Vittoria Palomino Castro fue entregada por sus padres a los pre adoptantes demandantes el cuatro de enero del año dos mil siete, cuando contaba con nueve días de vida, según consta en el acta de entrega de fojas veintidós, iv) la menor se encuentra bajo el cuidado de los demandantes desde el cuatro de enero de dos mil siete ininterrumpidamente; v) los demandados luego de haber entregado a su menor hija, manifiestan su disconformidad con el proceso de adopción iniciado, por lo que no se cumpliría con el requisito estipulado por el inciso 5) del artículo 378 del Código Civil; vi) el demandante Giovanni Sansone, según la prueba de ADN de fojas mil treinta y seis, es el padre biológico de la niña Vittoria Palomino Castro; vii) al no ser padre de la menor, el demandado don Paúl Frank Palomino Cordero, no existiría vínculo de parentesco consanguíneo entre la niña y la demandante Dina Felicitas Palomino Quicaño; viii) los demandados no cuentan con informes del equipo multidisciplinario que le sean favorables, por el contrario, tenemos que: a) el informe social N° 016-2008-EM-SS-AT que en sus conclusiones señala: “los demandados integran un hogar convivencial, procrearon tres hijos, una hija cursa la educación primaria, un hijo la educación inicial y la última hija es la menor pre adoptada. Los Sres. Palomino Castro entregaron de propia voluntad a los demandantes a fin de asumir su crianza, al parecer por no contar con los recursos económicos suficientes”; b) el informe psicológico N° 1567-2008- MCF-PSI practicado a la demandada Isabel Zenaida Castro Muñoz que en sus resultados – último párrafo – señala: “se aprecia que la señora accedió a dar a su hija en adopción motivada en la situación crítica en que estaba atravesando, reconoce que en determinados momentos siente remordimiento porque su hija mayor se afectó por entregar a su bebe en adopción. Asimismo se aprecia que la relación afectiva que le une a su menor hija no es sólida, dado que no tiene recuerdos compartidos con ella para que la añore; por eso cuando habla de brindar a sus hijos lo mejor, sólo se refiere a sus dos hijos mayores; y c) El contenido del Informe Psicológico N° 1568-2008-MCF-EM-PSI practicado al demandado Paúl Frank Palomino Cordero que en sus resultados – en el último párrafo – señala “se aprecia que el señor se encuentra resignado a ceder a su hija en adopción, porque considera que no tiene otra alternativa,

se reconforta al saber que la persona que la criará es su tía; vi) Los demandantes cuentan con informes psicológico y social favorables, los mismos que fueron realizados con visitas inopinadas, según consta a fojas mil veintinueve y quinientos setenta cinco respectivamente.

**NOVENO.-** Que, corresponde analizar las infracciones denunciadas, así tenemos que la primera y segunda causal denunciadas carecen de sustento, dado que si bien es cierto, la adopción entre padres e hijos no corresponde, en el caso de autos se debe considerar que si bien existe una prueba de ADN que acredita que el demandante Giovanni Sansone es padre biológico de la menor, es de tener en cuenta que la prueba legal de paternidad es el acta de nacimiento, en la cual el demandado Paúl Frank Palomino Cordero declara a la menor como su hija, por lo que el acta de nacimiento constituye documento público que mantiene su eficacia jurídica al no haberse presentado en autos sentencia judicial firme que declare su nulidad; no correspondiendo a este proceso de adopción determinar la paternidad de la menor. En consecuencia la menor legalmente es hija Paúl Frank Palomino Cordero y en consecuencia sí resulta ser sobrina de la demandante Dina Felicita Palomino Quicaño, reiterándose debiéndose precisar que nos es materia de pronunciamiento la paternidad de la menor.

**DÉCIMO.-** Que, la tercera y cuarta causal denunciadas no pueden ser amparadas, dado que, si bien es requisito que los padres del adoptado asientan y la adopción no puede hacerse bajo modalidad alguna, se debe resaltar que la sentencia de vista ha resuelto bajo estricta observancia del Interés Superior del Niño y del Adolescente (aludido en el cuarto y quinto considerando de la presente), dado que nos encontramos ante un “conflicto de derechos” de una parte el de los padres de la menor a ejercer su patria potestad y de la otra, el derecho de la menor a tener una familia idónea que le proporcione todo lo necesario para su desarrollo integral y a no alterar su desarrollo integral; derechos que no pueden coexistir en el caso de autos, a la luz de los hechos detallados en el octavo considerando, pues nos encontramos ante padres que



premeditadamente han acordado procrear un ser humano con la finalidad de entregarlo a otras personas, para a cambio recibir beneficios, que si bien los demandados niegan que hayan sido económicos, de sus propias declaraciones se advierte que su proceder tenía por finalidad mejorar su situación y viajar a Italia con su familia, además de haber aceptado recibir dinero mensualmente durante el tiempo de gestación de la demandada y en otros casos como una “ayuda económica” quedando evidenciado que el actuar de los demandados ha estado plagado en todo momento por un interés económico lo que dista totalmente de los sentimientos de padres que aluden tener.

**UNDÉCIMO.-** Que, aunado a lo antes precisado se debe considerar el deplorable accionar de los demandados, pues luego de haber suscrito la demandada de adopción conjuntamente con los demandantes, precisando “DEMANDADOS: Solo por razones formales deben ser considerados como demandados los padres biológicos Paúl Frank Palomino Cordero e Isabel Zenaida Castro Muñoz...” adjuntando, entre otros documentos, el acta de entrega provisional de menor con firma legalizada ante Notario (ver folios veintidós) donde consta que los demandados entregan a la menor a los demandantes precisándose “con el fin que a partir de la fecha la señora Dina Felicitas Palomino Quicaño y su esposo Giovanni Sansone se constituyan en los padres adoptivos de la menor Vittoria Palomino Castro”; y luego de haber reiterado su consentimiento de dar en adopción a su menor hija, en la audiencia única de fecha veintidós de agosto del año dos mil siete (ver folios ciento cuarenta y siete) la demandada Isabel Zenaida Castro Muñoz, mediante escrito de fecha diecinueve de junio de dos mil ocho (ver folios doscientos veintiuno) reiterado a fojas doscientos cincuenta y cuatro, trescientos cuarenta y nueve y quinientos sesenta y dos respectivamente, precisa que hasta antes de mostrar su desacuerdo con el presente proceso, tuvo en todo momento la voluntad de dar a su hija Vittoria en adopción al ser este el "acuerdo" asumido con los accionantes; refiriendo: "(...) todos los actores en la acción de adopción habíamos efectuado hechos fraudulentos con el fin de obtener provecho en perjuicio de mi menor hija..." (fojas doscientos cincuenta y cinco), “me desisto de todos los actos procesales en los que en forma personal he manifestado mi

voluntad de dar en adopción a mi menor hija Vittoria Palomino Castro a favor de los esposos Giovanni Sanssone y Dina Felicitas Palomino Quincano (...) en contubernio con ellos cometí una serie de actos ilegales, sorprendiendo al Juzgado en agravio de mi menor hija” (fojas trescientos cuarenta y nueve); " (...) he manifestado, manifiesto y reitero que la presente acción de adopción-caso de excepción (...) es una acción fraudulenta, originada desde antes de la misma, en un contrato verbal e irregular y manipulado por los demandantes (...) con el fin de procrear mediante inseminación asistida en mi vientre un hijo con el semen de don Giovanni Sansone (...)" (fojas quinientos sesenta y dos). Aunado a ello se tiene de las copias certificadas del proceso penal N° 42961-2009 que obra de fojas mil setecientos cincuenta y dos a fojas mil ochocientos ochenta y ocho, se advierte que paralelamente al proceso que nos ocupa, el veintiocho de setiembre del año dos mil nueve, el Ministerio Público formalizó denuncia penal contra los demandados, por los delitos de Extorsión y Alteración del Estado Civil de un menor, habiéndose iniciado proceso penal mediante auto de apertura de instrucción de fecha veintiuno de octubre del dos mil nueve (ver folios mil setecientos noventa y tres), proceso en el que el hecho incriminado consiste en que, los demandados habrían planeado desde un inicio ofrecer su “vientre en alquiler” y practicarse una inseminación artificial con el semen del esposo de la denunciante Dina Felicitas Palomino Quicaño y a partir de ello habrían extorsionado a los ahora demandantes con cuantiosas sumas de dinero a fin de que la Demandada Isabel Zenaida no aborte el producto, extorsión que incluso se habría prolongado después del nacimiento de la menor que responde al nombre de Vittoria con la amenaza de frustrar la demanda de adopción que interpuso la parte agraviada (los demandantes) teniéndose que los denunciados habría recibido un total de diecinueve mil ochocientos dólares americanos; asimismo se advierte de dichas copias, que con fecha quince de abril de dos mil diez se realizó la diligencia de confrontación entre Isabel Zenaida Castro Muñoz y Dina Felicitas Palomino Quicaño de la cual trasciende que la segunda de las nombradas, entregó diversas sumas de dinero a la primera, manifestando cada una diferentes montos y motivos respecto de dichas entregas. Así, mientras la preadoptante señaló que lo hizo por cuanto la demandada la amenazó con abortar, esta última indica

que recibió el dinero como ayuda económica. Igualmente, al ser preguntada Isabel Castro sobre los motivos de la inseminación, respondió: “debo manifestar que fueron por dos motivos, uno por el vínculo familiar que existía, así también acepté con la intención de mejorar mi situación y viajar a Italia con mi familia”.

**DUODÉCIMO.-** Que, en suma, la materia de litis ha sido correctamente resuelta no habiéndose infringido norma alguna, pues debe primar el Interés Superior de la Niña, quien se encuentra viviendo con los pre adoptantes desde que contaba con nueve días de nacida, habiéndose acreditado con los informes psicológicos y sociales que la menor se encuentra viviendo en un adecuado ambiente familiar recibiendo el amor de madre de la demandante, quien pese a no tener vínculos consanguíneos con la misma le prodiga todo lo necesario para su desarrollo integral, y el amor de padre por parte del demandante quien sí es padre biológico de la menor, por lo que la carencia moral de los demandantes que alega la recurrente, no es tal justificándose el accionar de los mismos por los imperiosos deseos de ser padres, conducta que no puede ser reprochada dada la conducta que han demostrado al interior del proceso y fuera de éste con la menor; aunado a ello que la carencia moral que alegan no ha sido advertida por el equipo multidisciplinario ni la Asistente Social del Poder Judicial, quienes a fojas mil veintinueve y quinientos setenta y siete respectivamente han emitido informes favorables a la demandante; por lo que dicho argumento también carece de sustento. Teniéndose además, que los demandados han demostrado el poco valor que le dan a la vida y la deplorable manipulación que han intentado hacer con la vida de un ser indefenso que merece toda la protección de sus progenitores y la Ley; debiéndose resaltar además que ha quedado evidenciado el beneficio económico de los demandados con la aceptación de los mismos, pues en ningún momento han negado haber recibido dinero por parte de los demandados, y si bien ha precisado que entregarían a la menor para luego viajar a Italia con su familia y que recibieron dinero por ayuda económica, ante las circunstancias de los hechos dichas alegaciones carecen de coherencia y sustento. Por otro lado, estando a que la menor se encuentra viviendo con los demandantes desde que contaba con nueve días de vida en un ambiente

adecuado recibiendo cuidados y amor por parte de éstos, debe primar que los identifica como sus padres y arrancarla de su seno familiar a su corta edad resultaría gravemente perjudicial para su vida, además de la descalificación de los padres para ejercer su patria potestad sobre la misma, siendo además la adopción una medida de protección a la luz de los hechos detallados; por lo que en atención al Interés Superior del Niño y el Adolescente consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, la Declaración de los Derechos del Niño y en la Convención sobre los Derechos de las que somos Estado parte; debe declararse infundado el recurso.

#### **4. DECISIÓN:**

Por tales consideraciones expuestas y estando a la facultad conferida por artículo 397 del Código Procesal Civil; declararon:

a) **INFUNDADO** el recurso de casación de fojas mil novecientos noventa y siete, interpuesto por Isabel Zenaida Castro Muñoz; en consecuencia **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas mil ochocientos noventa dos su fecha treinta de noviembre del dos mil diez que declara fundada la demanda.

b) **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone con Isabel Zenaida Castro Muñoz y otro, sobre adopción de menor; intervino como ponente, el Juez Supremo señor Ponce De Mier.-

**SS.**

**DE VALDIVIA CANO**

**HUAMANI LLAMAS**

**PONCE DE MIER**

**VINATEA MEDINA**

**CASTAÑEDA SERRANO**

# **ANEXO N° 02**

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA**  
**QUINTO JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CONSTITUCIONAL**

**EXPEDIENTE** : 06374-2016-0-1801-JR-CI-05

**JUEZ** : HUGO VELASQUEZ ZAVALA

**ESPECIALISTA:** RAULTAÍPE SALAZAR

**DEMANDANTE** : FRANCISCO DAVID NIEVES REYES Y OTROS

**DEMANDADO** : RENIEC

**MATERIA** : PROCESO DE AMPARO

**SENTENCIA**

**RESOLUCION: 05**

Lima, 21 de febrero del 2017

**VISTOS.**

Asunto:

Proceso de amparo iniciado por la sociedad conyugal conformada por Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau; la sociedad conyugal conformada por Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabé Rojas Urco y los menores de iniciales L.N.N.R. y C. D. N. R., representados por Francisco David Nieves Reyes y Evelyn Betzabé Rojas Urco, contra RENIEC.

**ANTECEDENTES.**

De la demanda: Fluye del texto de la demanda-folio 144 a 166-, que la parte actora pretende se otorgue protección a los derechos a la identidad de L. N.R. y C. D. N. R. (en adelante, “los menores”) y al principio superior del niño y, en consecuencia:

1) Se deje sin efecto la Resolución Registral N° 29 9-2016-OSBORJ-JR10LIM- GOR/RENIEC, de fecha 29 de febrero de 2016 y la Resolución Registral N° 299-2016-OSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC, de fecha 29 de febrero de 2016, que declararon, respectivamente, la improcedencia de rectificación de las actas de nacimiento de los menores.

2) Se declare formalmente, en las respectivas actas de nacimiento, que el Señor Francisco David Nieves Reyes es el padre de los menores, procediéndose al respectivo reconocimiento.

3) Se declare formalmente, en las respectivas actas de nacimiento, que la Señora Aurora Nancy Ballesteros es la madre de los menores, efectuándose la respectiva rectificación.

#### **Fundamentos fáctico-jurídicos de la demanda:**

La parte actora sustenta su demanda -en síntesis-, en los siguientes hechos:

1. Con fecha 21 de enero de 2005, los Señores Nieves-Ballesteros contrajeron matrimonio y, ante la reiterada imposibilidad de quedar embarazada por parte de la señora Ballesteros, decidieron recurrir a las TERAs, concretamente, a la técnica del útero subrogado.

2. Para ello, se procedió a la fecundación in vitro, con el óvulo de una donante anónima, y con el consentimiento de los Sres. Lázaro-Rojas, se transfirieron los únicos dos embriones fecundados al útero de la Sra. Rojas. Para ello, suscribieron el acuerdo privado de útero subrogado, manifestando su acuerdo de voluntades.

3. Con fecha 19 de noviembre de 2015 nacieron los menores de iniciales L.N.N.R. y C.D.N.R. Al momento del nacimiento, los menores fueron consignados

como hijos de la Sra. Rojas (por ser esta quién los alumbró) y del Sr. Nieves, dado que se aceptó la declaración de la Sra. Rojas en el sentido de que el padre no era el Sr. Lázaro, su esposo.

4. Posteriormente, iniciaron dos procedimientos de rectificación de acta de nacimiento, en donde el Sr. Nieves solicitó que se declare al primero como padre de los menores, procediéndose al respectivo reconocimiento; mientras que la Sra. Ballesteros solicitó se declare que es la madre de los menores, procediéndose a la respectiva rectificación. Tras ello, el RENIEC declaró improcedentes ambas solicitudes a través de las resoluciones registrales impugnadas mediante el presente proceso de amparo.

5. La parte demandante fundamenta jurídicamente su demanda principalmente en el derecho a la identidad de los menores y en el principio del interés superior del niño.

5.1. Respecto del primer derecho, se alega en la imposibilidad de que los menores tengan claramente determinada su identidad, ya que su filiación maternal está dada con la Sra. Rojas, con quien no comparten material genético, carece de voluntad para procrear, criar o cuidar de ellos y, además, al gestarlos, no tuvo ninguna otra voluntad que colaborar con los Sres. Nieves- Ballesteros. Según el demandante, esto también afectaría el derecho al desarrollo de la libre personalidad de los menores.

5.2. Respecto del principio de interés superior del niño, se alega que las resoluciones del RENIEC vulneran este principio por hacer prevalecer una interpretación restrictiva de las normas legales aplicables.

6. Por ello, los Sres. Nieves-Ballesteros, los Sres. Lázaro-Rojas y los menores solicitan que se reconozca la paternidad y maternidad de los primeros respecto de los últimos.



### **Trámite de la demanda:**

Mediante resolución 01, de fecha 30 de junio del 2016- folio 172 a 176-, se admitió a trámite la demanda y se corrió traslado a la parte a la parte demanda.

Mediante escrito de fecha de presentación, 21 de julio del 2016, RENIEC formuló excepción de falta de representación de los señores, Francisco David Nieves Reyes, Aurora Nancy Ballesteros Verau, Fausto Cesar Lázaro Salecio, y contestó la demanda señalando lo siguiente:

1.- Señala que la Sra. Ballesteros no acredita vínculos filiales ni biológicos con los menores por lo que, siendo una filiación de hechos no biológicos, debería emplear el mecanismo de la adopción.

2.- Asimismo, alega que la parte demandante no habría interpuesto recurso impugnativo alguno en sede administrativa.

3. Finalmente, sostiene que la parte demandante no está solicitando el reconocimiento de un derecho ya adquirido o reconocido o el cumplimiento de un mandato legal y administrativo, sino que se le reconozca un derecho que, a su juicio, le corresponde y que no es posible ejercitarlo.

Por resolución 02, de fecha 11 de agosto del año 2016, se tuvo por contestada la demanda y se citó a las partes para informe oral para el día 08 de setiembre del año pasado.

A la audiencia oral sólo concurrió la parte actora. Conforme al estado del proceso, corresponde emitir sentencia. Se emite sentencia en la fecha debido a la carga procesal del juzgado.

## **CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Del proceso constitucional de amparo: De acuerdo al artículo 200° inciso 2 de la Constitución, el amparo procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza derechos constitucionales distintos a los tutelados por el hábeas corpus y al hábeas data, siendo su finalidad la de proteger tales derechos, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación, como establece el artículo 1° del Código Procesal Constitucional, Ley N°28237.

**SEGUNDO:** Hechos del caso: Si bien la parte demandada ha deducido excepciones -cuestiones de forma-, antes de resolverlas es necesario determinar primero los hechos del caso, con el fin de resolver esas cuestiones de forma y, en su caso, las cuestiones de fondo.

Los hechos son los siguientes:

1. El 4 de mayo de 2016, los demandantes Aurora Nancy Ballesteros Verau, Francisco David Nieves Reyes, Evelyn Betzabe Rojas Urco y Fausto César Lázaro Salecio interponen, a favor propio y de los menores L.N.N.R y C.D.N.R., demanda de amparo y la dirigen contra el Registro Nacional de Identidad y Registro Civil - RENIEC.

2. Acreditan (Anexo 4-A) que contrajeron matrimonio el 21 de enero de 2005 ante la Municipalidad Metropolitana de Lima y también que intentaron ser padres sin éxito (Anexo 7-A, 7-B, 8, 8-A, 8-B y 9). Por ello, entre los años 2006 al 2009 recurrieron a distintas Clínicas en las que se determinó como alternativa para el embarazo el método de reproducción asistida, pues los óvulos de Aurora Nancy Ballesteros Verau no lograban llegar al nivel de maduración necesaria para producirse el embarazo. Empero, el uso de este método no logró el resultado esperado, razón por

la cual, el 2010, los demandantes Ballesteros Verau y Nieves Reyes recurrieron al método de “ovodonación” (óvulo donado) y la posterior reproducción in vitro reimplantado en el útero de la demandante, sin embargo, el embarazo devino en aborto.

3. Por ello, en 2011 acudieron a un nuevo centro de fertilidad y reproducción asistida para realizarse nuevos análisis. En dicho centro médico, en enero de 2012, se determinó que los demandantes únicamente podían optar por el método de vientre subrogado, es decir, el uso de otro vientre para lograr la fecundación. Es así que buscaron y encontraron la ayuda de los demandantes Evelyn Betzabe Rojas Urco y Fausto César Lázaro Salecio, casados (Anexo 4-B), siendo que la primera de las nombradas aceptó someterse a la técnica de vientre subrogado heterónomo, es decir, la implantación de un cigoto conformado por óvulos donados y espermatozoides del demandante Nieves Reyes. Para ello, las dos sociedades conyugales suscribieron el llamado “acuerdo privado de útero subrogado” (Anexo 5).

4. Realizado el procedimiento, con fecha 19 de noviembre de 2015, nacieron en el Instituto Nacional Materno Perinatal los menores mellizos inscritos con las iniciales L.N.N.R y C.D.N.R. (Anexos 2-A y 2-B). No obstante, pese a la declaración expresa de Evelyn Betzabe Rojas Urco, quién habría señalado que no sería la madre sino el vientre de alquiler, el médico tratante, al momento de efectuar el Certificado de Nacido Vivo inscribió como madre a ésta última y como padre a Francisco David Nieves Reyes.

5. Tomando como base esos mismos datos, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC, realizó el registro en las Actas de Nacimiento N° 79400620 y N° 79400640 (Anexos 2-A y 2-B) y ante las impugnaciones formuladas expidió las Resoluciones Registrales N° 299- 2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC y N° 300-2016-ORSBORJ- JR10LIM-GOR/RENIEC (Anexos 3-A y 3-B).

6. Los demandantes Aurora Nancy Ballesteros Verau, Francisco David Nieves Reyes, Evelyn Betzabe Rojas Urco y Fausto César Lázaro Salecio, consideran que dichas Resoluciones Registrales vulneran el derecho a la identidad y al interés superior del niño de los menores, asimismo, con respecto a ellos, la afectación de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar, así como sus derechos sexuales y reproductivos.

**TERCERO:** Las excepciones deducidas:

3.1. Excepción de falta de representación.

1. La demandada sostiene que la demandante Aurora Nancy Ballesteros Verau carece de representación con respecto a los menores L.N.N.R y C.D.N.R., a favor de quienes se alega la vulneración al derecho a la identidad y al interés superior del niño, pues conforme a la ley vigente ella no tiene la representación legal ni ostenta la patria potestad de los menores, careciendo de toda forma legal de representación.

Asimismo, señala que Fausto César Lázaro Salcedo, quien si bien tiene la presunción de paternidad por ser marido de la "madre" –doña Evelyn Betzabe Rojas Urco-, carece de falta de representación suficiente con respecto a la tutela de los derechos de los menores pues hasta la fecha no ha reconocido la paternidad de aquellos. Idéntica sería, conforme a la demandada, la posición del demandante Francisco David Nieves Reyes, quien si bien la madre de los menores ha señalado que es el padre biológico y así consta en las Partidas de Nacimiento de los menores, éste no ha realizado el reconocimiento de paternidad ni ha demandado la paternidad biológica con persona casada, por ello, no puede representar válidamente a nivel procesal a los menores.

2. En rigor, el planteamiento de la excepción por la parte demandada se circunscribe a la representación defectuosa o insuficiente prevista en el inciso 3) del

artículo 446° del Código Procesal Civil. Esta excepción tiene por finalidad que el Juez controle la capacidad o potestad delegada que tienen los representantes en relación a la persona que quieren defender en juicio; en caso se determine judicialmente que los demandantes no tienen capacidad legal de iniciar el proceso, entonces el Juez puede disponer que en un plazo razonable se subsane este extremo, conforme lo prevé el inciso 2 del artículo 451° del Código Procesal Civil; si la subsanación no se produce, entonces el proceso debe ser declarado nulo y archivado.

3. En el presente caso, se observa que, tal como sostiene la demandada, la demandante Aurora Nancy Ballesteros Verau no tiene la representación legal o establecida que poseen los padres sobre los hijos menores de edad, conforme lo describen el artículo 419° y el inciso 6 del artículo 423° del Código Procesal Civil. Asimismo, se observa que, tal como señala la demandada, el demandante Francisco David Nieves Reyes no ha reconocido la paternidad de los hijos extramatrimoniales, conforme lo previsto en el artículo 388° del Código Civil, razón por la cual tampoco sería representante legal de los menores. En el mismo sentido, el demandante Fausto César Lázaro Salcedo, quien si bien tiene la presunción de paternidad a la que se refiere el artículo 361° del Código Civil, tampoco ha actuado de conformidad con el artículo 388° del mismo cuerpo de leyes, careciendo también de la potestad de representarlos.

4. No obstante, si bien en principio estos demandantes no tendrían representatividad legal para demandar los derechos de los menores, precisamente lo que reclaman es que la actuación de la demandada ha generado todo ese conflicto de falta de representación de los menores.

5. La defensa RENIEC no hace sino ratificar una situación de perjuicio en contra de los menores, pues si los padres biológicos, ni tampoco los padres según el contrato de útero subrogado pueden atribuirse representatividad de los menores, eso generaría que el Estado deje sin tutela a esos menores, por el hecho de haber nacido usando métodos de reproducción asistida, asunto que merecerá un mayor análisis, pero

que, en todo caso, es suficiente para notar que estamos ante un agravio y no ante una situación que pueda justificar una excepción de falta de representación de los demandantes.

6. Sin perjuicio de lo anterior, este Juzgado también debe tener en cuenta que incluso en la hipótesis que la defensa de RENIEC tuviera asidero legal y constitucional, lo cierto es que la demandante Evelyn Betzabe Rojas Urco, al amparo de la ley civil, tiene representación suficiente para acudir al proceso constitucional de amparo, ya que ella es la que dio a luz a los menores.

7. Eso, desde luego, no significa que esa persona sea la única con facultades de representación, pues tal lectura llevaría a sostener que los otros co-demandantes no tendrían posibilidad alguna de acceder a la justicia para la tutela de los derechos de los menores en vía de proceso constitucional de amparo, pese a que cuestionan precisamente los agravios de RENIEC al momento de la inscripción.

Actuar de dicha forma resultaría no sólo paradójico para la representación de los menores, sino contraria a la Opinión Consultiva OC-8/87 que reconoce al amparo como un proceso constitucional asequible, sencillo y amplio para la tutela de los derechos fundamentales.

8. Por otro lado, no pasa por alto para este Despacho Judicial que la fundabilidad de esta excepción no tendría por efecto que el presente proceso constitucional culmine sino que produciría –siguiendo el inciso 2) del artículo 425° del Código Procesal Civil– que el proceso se dilate hasta que las partes transiten y obtengan decisiones administrativas o judiciales que le brinden la capacidad legal suficiente de representación, con lo cual, durante dicho periodo, el Juzgado Constitucional avalaría la continuación de la presunta vulneración al derecho a la identidad e interés superior del niño, lo que no resulta admisible en nuestro sistema jurídico.

9. Además, los demandantes adultos no actúan sólo en representación de los menores sino también a título personal, con lo cual la excepción debe desestimarse.

### 3.1. La excepción de falta de agotamiento de la vía previa.-

1. La demandada sostiene que contra las Resoluciones Registrales N° 299-2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC y N° 300-2016-ORSBORJ- JR10LIM-GOR/RENIEC los demandantes no interpusieron recursos administrativos y por lo tanto no agotaron la vía previa que debían transitar, antes de acudir al amparo.

2. Por su parte, los demandantes sostienen que no resulta exigible el agotamiento de las vías previas cuando existe la necesidad de una tutela urgente para la protección del derecho a la identidad de los menores así como la observancia del principio de interés superior del niño. Asimismo, señala que en el presente caso la vía previa es inexistente pues el Perú no tiene legislación que regule las Técnicas de Reproducción Asistida y por tanto carece también de un procedimiento tuitivo que permita a nivel administrativo resolver esta controversia.

3. La controversia ante la vulneración de derechos fundamentales no necesaria y únicamente se restablece acudiendo al proceso constitucional sino, de manera común y constante, a través de los procesos ordinarios, del procedimiento administrativo y del procedimiento corporativo particular. En virtud de la existencia de tutela, por regla, el proceso constitucional solo puede habilitarse cuando se han agotado los recursos administrativos o internos del procedimiento administrativo (artículo 45 del Código Procesal Constitucional).

4. Empero, tales reglas tienen excepciones previstas en la ley y desarrolladas por la jurisprudencia. Dejando de lado las excepciones para no acudir a la vía específicamente e igualmente satisfactoria, pues no es objeto de excepción procesal por parte del demandado, corresponde señalar que la exigencia al agotamiento de la vía

administrativa se impone como regla en razón de que debe otorgarse a la Administración Pública la oportunidad de remediar los errores en los que pudo haber incurrido.

5. Cuatro son las causales que prevé el Código Procesal Constitucional para no obligar al actor a transitar la vía administrativa. Así, si el acto lesivo es ejecutado por la Administración Pública en virtud de una resolución que no es la última en vía administrativa y sin que esté ésta consentida, se habilita la interposición del proceso de amparo (artículo 46, inciso 1 del Código Procesal Constitucional). También se habilita el amparo cuando el procedimiento administrativo no es resuelto en el plazo que dispone la administración pública (artículo 46, inciso 4 del Código Procesal Constitucional). Asimismo, es motivo para admitir y pronunciarse sobre la controversia constitucional cuando la administración pública no regule la situación fáctica en controversia dentro de un procedimiento administrativo, es decir, si los hechos relevantes de la controversia no están previstos para ser debatidos en la vía administrativa entonces el actor puede acudir directamente al proceso de amparo (artículo 46, inciso 3 del Código Procesal Constitucional). Finalmente, es motivo para acudir directamente al amparo sin agotar la vía administrativa cuando el lapso de tiempo que medie entre la decisión de la administración y la tutela del derecho fundamental pueda convertir el agravio al derecho fundamental en irreparable (artículo 46, inciso 2 del Código Procesal Constitucional).

6. En ese orden de ideas, a juicio de este Juzgado constitucional, en este caso se presentan hasta dos motivos excepcionales para no exigir a los actores agotar la vía administrativa. El primero es el agravio irreparable que se causaría si se agota la vía administrativa, pues se atentaría contra los alegados derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar, a los derechos sexuales y reproductivos así como a la identidad e interés superior del niño.



En efecto, los menores y los señores Francisco David Nieves Reyes, Aurora Nancy Ballesteros Verau, Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabe Rojas Urco viven actualmente en un estado que podríamos calificar de precariedad y zozobra con una evidente irreparabilidad de sus derechos pues, por un lado, los señores Francisco David Nieves Reyes y, en especial, Aurora Nancy Ballesteros Verau, que tiene bajo su guarda a los menores, al no tener vínculo formal con éstos, no pudieron ni pueden transitar libremente con ellos, no pueden viajar y tienen que enfrentan la sensación de inquietud al salir –en especial la demandante Aurora Nancy Ballesteros Verau– quien podría enfrentar graves cargos penales al no tener en vínculo formal con los menores; lo que sin duda tuvo y tiene incidencia irreparable en sus derechos antes indicados. Por tanto, obligarlos a transitar el proceso administrativo sólo extendería el perjuicio e irreparabilidad ya sufrida en los derechos alegados.

7. Asimismo, de acuerdo con RENIEC los señores Francisco David Nieves Reyes, Aurora Nancy Ballesteros Verau estarían sujetos a la voluntad de la señora Evelyn Betzabe Rojas Urco para realizar trámites en hospitales o clínicas para los controles, vacunación e incluso, como ha pretendido la demandada, para la interposición de procesos a favor de los menores, lo que sin duda día a día se convierte en una afectación continua e irreparable a los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la vida privada y familiar y los derechos sexuales y reproductivos; por lo que obligar a los demandantes a transitar la vía administrativa tendría un alto costo en los derechos de estos demandantes.

8. Por otro lado, los demandantes Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabe Rojas Urco también se ven permanente afectados en sus derechos fundamentales; en especial, la demandante Rojas Urco, debe suspender sus actividades para asistir formalmente a los demandantes Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, en especial a esta última, cuando se requiera de la presencia de la madre de los menores, lo que sin duda afecta su derecho al libre desarrollo de la personalidad y su derecho a la vida privada y familiar; además, no debe perderse de

vista que al figurar en el registro de identificación como madre de los menores pero no vivir con ellos deja expuesta a esta demandante a cargos penales, lo que pone en un peligro inminente sus derechos fundamentales.

9. A su turno, aunque en menor medida, el demandante Fausto César Lázaro Salecio vendría siendo permanentemente víctima irreparable de la vulneración a sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y derecho a la vida privada y familiar, pues en el registro de identificación civil su cónyuge Evelyn Betzabe Rojas Urco registra dos hijos fuera de ese matrimonio; en ese escenario, obligarlos a transitar la vía administrativa avalaría la continuidad irreparable en la aparente vulneración de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la vida privada y familiar.

10. Finalmente, el derecho a la identidad e interés superior del niño de los menores ya se ha visto y se verá afectada por el tiempo que tomaría a la Administración Pública decir su caso, mientras demora dicha instancia administrativa, los menores deberían seguir este escenario atípico en clara contradicción con su derecho al interés superior del niño que implica las medidas más rápidas y eficaces para la protección de sus derechos.

11. Por otro lado, en el presente caso este Juzgado no pasa por alto que la regulación es exigua o casi inexistente con respecto a las formas aparentemente válidas de reproducción asistida. En ese sentido, no existe una vía administrativa que regula la situación que es objeto de esta controversia y por tanto no puede exigirse a los administrados que culmine una vía administrativa inexistente.

Por esos fundamentos, las excepciones deducidas deben ser desestimadas.

**CUARTO:** La factibilidad de tramitar la pretensión de la actora vía amparo:

La parte actora alega amenaza y lesión de los derechos a la identidad de los menores y el principio de interés superior del niño, los cuales tienen respaldo constitucional en los artículos 2 inciso 1 y 4 (implícitamente, según el Tribunal Constitucional) de la Constitución Política, respectivamente. Además, son pasibles de ser atendidos en vía de amparo, tal como lo prevé el artículo 37, inciso 25 del Código Procesal Constitucional. Por su parte, también invoca los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, vida íntima y familiar y derechos sexuales y reproductivos, pero ya no de los menores, sino de ellos mismos (Sres. Nieves-Ballesteros y Sres. Lázaro-Rojas).

De acuerdo con lo anterior, es indudable que la alegación de agravios contra el derecho al nombre de las menores, constituye una materia con relevancia constitucional que puede ser atendida en vía de amparo.

**QUINTO:** Análisis constitucional del caso: Según lo expuesto en la demanda, la parte actora alega que el derecho fundamental a la identidad de los menores y el principio de interés superior del niño han sido vulnerados, así como su derecho al libre desarrollo de la personalidad, la vida íntima y familiar y los derechos sexuales y reproductivos.

Conforme a lo anterior, este Juzgado aprecia que las cuestiones jurídicas a ser resueltas tienen que ver con la constitucionalidad de las resoluciones impugnadas, en el sentido de que ellas habrían violado los derechos fundamentales antes señalados. Para verificar ello, se deberá dilucidar las siguientes cuestiones jurídicas:

- Si la Sra. Ballesteros debe ser considerada como madre de los menores, ordenando al RENIEC la respectiva rectificación del acta de nacimiento.
- Si el Sr. Nieves debe ser considerado como padre de los menores, procediendo al respectivo reconocimiento.

**SEXTO:** Los derechos fundamentales a la salud reproductiva: De acuerdo con el artículo 7° de la Constitución Política: "Todos tienen derecho a la protección de su salud". El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas –ONU, desarrolla los alcances de este derecho al dejar establecido que el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud no solo se refiere a la ausencia de afecciones y enfermedades y el derecho a la atención médica, sino que “ese derecho abarca, además la atención de la salud sexual y reproductiva, los factores determinantes básicos de la salud sexual y reproductiva” (Observaciones Generales N° 14 del 2000 y N° 22 del 2016, fundamentos 11 y 7, respectivamente).

Y añade el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que:

“La salud sexual y la salud reproductiva son distintas, aunque están estrechamente relacionadas. La salud sexual, según la definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS), es “un estado de bienestar físico, emocional, mental y social en relación con la sexualidad”. La salud reproductiva, tal como se describe en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, se refiere a la capacidad de reproducirse y la libertad de adoptar decisiones informadas, libres y responsables. También incluye el acceso a una serie de información, bienes, establecimientos y servicios de salud reproductiva que permitan a las personas adoptar decisiones informadas, libres y responsables sobre su comportamiento reproductivo” (Observación General N° 22 del 2016, fundamento 6).

Esto significa que toda persona que tuviera problemas en su salud reproductiva tiene derecho a tomar el tratamiento médico adecuado para su padecimiento y, además, a tomar otras acciones informadas y libres vinculadas a ese ámbito de su salud.

Por eso es que el Comité concluye que “el derecho a la salud sexual y reproductiva también es indivisible e interdependiente respecto de otros derechos

humanos. Está íntimamente ligado a los derechos civiles y políticos que fundamentan la integridad física y mental de las personas y su autonomía, como los derechos a la vida; a la libertad y la seguridad de la persona...; la privacidad y el respeto por la vida familiar; y la no discriminación y la igualdad” (Observación General N° 22 del 2016, fundamento 10). Similar tenor expresa la Corte Constitucional de Colombia al señalar que: “... la injerencia injustificada sobre este tipo de decisiones [referidas al ejercicio de los derechos reproductivos] trae consigo la limitación en el ejercicio de otros derechos fundamentales como la libertad y la autodeterminación, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal y familiar y el derecho a conformar una familia” (Sentencia T-375, 2016, fundamento 5 y Sentencia T-528 de 2014, fundamento 5.1).

Por consiguiente, en este caso no solo se encuentra involucrado el derecho a la salud reproductiva, sino también sus derechos a la intimidad o vida privada, junto con los derechos de los menores y la tutela de su interés superior.

**SETIMO:** En esa misma lógica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resalta que: “La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona” de donde concluye la Corte que “... la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres...”(Caso Artavia Murillo contra Costa Rica, Sentencia del 28 de noviembre de 2012, párrafo 143)

Dentro de ese escenario, “el derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho...” (Párrafo 146). Es decir, según la Corte, “el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Del derecho de acceso al más alto y efectivo

progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva EL DERECHO A ACCEDER A LOS MEJORES SERVICIOS DE SALUD EN TÉCNICAS DE ASISTENCIA REPRODUCTIVA, Y, EN CONSECUENCIA, LA PROHIBICIÓN DE RESTRICCIONES DESPROPORCIONADAS E INNECESARIAS de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona” (párrafo 150, énfasis agregado)

Puesto en términos más sencillos, la normativa y jurisprudencia convencional – al que se encuentra sometido este Juzgado por imperio del Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional- disponen que el derecho a la salud reproductiva, sumado a los derechos a la autodeterminación y privacidad, reconocen la potestad fundamental de las mujeres para –de manera informada- asistirse de las técnicas científicas que existan para acceder a la condición de madre. Situación a la que pueden llegar no solo con el apoyo tecnológico disponible, sino que, en algunos casos, con la cooperación adicional y necesaria de terceras personas (por ejemplo, los casos de maternidad subrogada comúnmente conocido como “vientre de alquiler”).

Por tanto, si al amparo del sistema convencional que vincula al Estado peruano, una persona ha acudido a las técnicas de reproducción asistida para – con el apoyo de la tecnología y de una tercera persona- alcanzar la situación de madre, sería un contrasentido que luego de que tal técnica alcanzó un resultado favorable (dio lugar a la concepción, gestación y nacimiento de un bebé) se perturbe o desconozca la condición de madre de la mujer o de la pareja que acudió a dicho método.

En otras palabras, si la normativa del Estado peruano no proscribe el uso de técnicas médicas para la concepción y, en su caso, para la formación de una familia, y, si más bien la normativa convencional sí reconoce tal alternativa como una manera legítima de ejercer los derechos a la salud reproductiva, autodeterminación y privacidad, entonces, no existen razones para que el Estado peruano desconozca la

validez o el resultado del ejercicio del uso de métodos de reproducción asistida, es decir, no existen razones para negar la condición de madre de la señora Ballesteros y la condición de padre biológico de su esposo (quién aportó los espermatozoides).

Más aún si se tiene en cuenta que la "madre" gestante (la madre genética es una donante de óvulos secreta), está de acuerdo en que la señora Ballesteros ejerza la condición de madre. De modo que no existen razones para que el Estado, actuando a través de este Juzgado constitucional, niegue la protección que el ordenamiento convencional reconoce, tanto más, si no existe legislación que prohíba expresamente la técnica de reproducción utilizada por los actores.

**OCTAVO:** La regulación de las Técnicas de Reproducción Asistida en el ordenamiento jurídico peruano: Sin perjuicio de lo anterior, este Juzgado considera importante tener en cuenta una cuestión adicional. Y es que la defensa del Estado ha deslizado la idea de que la llamada "maternidad subrogada" estaría prohibida en el Perú, a partir de la norma contenida en el artículo 7 de la Ley General de Salud, que señala lo siguiente:

"Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos" (énfasis agregado).

El texto citado puede tener una lectura que limita el ejercicio del derecho de acudir a Técnicas de Reproducción Asistida (TERAs) solo para los casos en donde sirva para una procreación en donde el elemento genético de la madre coincida con su condición de gestante. Ciertamente, ese es el supuesto que recoge el artículo 7 de la Ley General de Salud.

Lo anterior no significa, sin embargo, que los otros supuestos no previstos en la norma estén proscritos. Es decir, no puede realizarse una interpretación a contrario sensu del texto citado para concluir que proscribe el uso de TERAs para otras situaciones. Lo único que puede afirmarse es que **EL ARTÍCULO 7 DE LA LEY GENERAL DE SALUD NO REGULA MÁS SUPUESTOS QUE LA MADRE GESTANTE COMPARTA CARGA GENÉTICA CON SU BEBÉ.**

**NOVENO:** En efecto, de un lado podría decirse que el supuesto de hecho previsto en el artículo 7 de la Ley General de Salud que habilita el uso de TERAs, tácitamente quiso proscribir los otros supuestos que no menciona o, de otro lado, también podría afirmarse que la omisión de aquella norma significa que simplemente no quiso regular otros supuestos. Tal situación, el hecho que una interpretación a contrario sensu de la norma citada nos lleve a dos respuestas posibles, hace inviable usar esa técnica interpretativa<sup>20</sup>.

Además del uso de esa técnica para la interpretación de textos, existen motivos constitucionales que imponen descartar la opción de que el artículo 7 de la Ley General de Salud tácitamente proscriba los otros supuestos que no menciona.

Y eso porque este Juzgado considera inconstitucional o contrario a la presunción de libertad, “presumir” limitaciones de derecho, en este caso del derecho a

---

<sup>20</sup> En esa línea, recuerda De Trazegnies que las reglas tienen una estructura donde existe un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica que se atribuye al supuesto fáctico, “para que el razonamiento a contrario sea válido, debemos encontrarnos ante una situación en la que tanto el “supuesto de hecho como [la consecuencia] constituyan una polaridad lógica que no admita otras posturas. Si el [supuesto de hecho] admite otros hechos ajenos a la polaridad o si [la consecuencia] admite otras soluciones no necesariamente contrapuestas a la de la regla interpretada, el razonamiento falla. Por consiguiente, el argumento a contrario es inválido cuando hay otras soluciones posibles además del texto legal y la solución contraria... Quizá un ejemplo casero puede ayudar a comprender mejor el problema lógico: en el caso de que una persona tenga gripe [supuesto de hecho], debe administrársele aspirina [consecuencia]; pero de ello no se sigue que sólo la persona que tiene gripe debe tomar aspirinas; a la persona que no tenga gripe pero que sufra de simple dolor de cabeza puede también administrársele aspirinas”. DE TRAZEGNIES, Fernando. El derecho civil y la lógica: los argumentos a contrario. En: Themis-Revista de Derecho, N°12, Lima, 1988, p. 66.



la salud reproductiva. Siendo que el artículo 7 de la Ley General de Salud y ninguna otra norma del ordenamiento jurídico nacional impone limitaciones o prohibiciones expresas para los otros supuestos en donde puede ser aplicable las TERAs, este Juzgado no puede sino reconocer que en tales casos es legítimo aplicar esas técnicas.

El mismo razonamiento puede aplicarse para el caso que es materia de este proceso, pues para la situación objeto de este amparo no existe ninguna norma con rango de ley que establezca una prohibición, de modo que en aplicación del artículo 2, inciso 24, literal a) de la Constitución Política, la TERAs realizada descansa en un pacto legítimo, pues “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”. Al respecto, debe recordarse que, “el Tribunal Constitucional ha establecido que el principio de legalidad exige no sólo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas por la ley, prohibiéndose tanto la aplicación por analogía como también el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones” (Expediente N° 3954-2006-PA/TC, fundamento 34).

Entretanto que no exista una clara y expresa prohibición de celebrar contratos acuerdos de maternidad subrogada o de aplicar TERAs a supuestos distintos a los previstos en el artículo 7 de la Ley General de la Salud, se entiende que se trata del ejercicio legítimo de los derechos a la salud reproductiva y otros vinculados.

Esta interpretación, además, encuentra respaldo en el criterio de la Corte Suprema de Justicia (Casación N° 563-2011-Lima) en donde una sociedad conyugal discutía la adopción de una menor de edad, concebida con la carga genética del esposo demandante, donde la esposa no aportó carga genética, ni gestó al menor. Una situación similar a la actual. En ese caso, la Corte Suprema no puso en duda la validez del acuerdo de maternidad subrogada, sino que además exigió su cumplimiento. Por tanto, para este Juzgado no quedan dudas que al tratarse de un supuesto no regulado, ni menos prohibido, en el sistema jurídico peruano, es perfectamente válido.

**DECIMO:** El derecho a fundar una familia como manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad:

Hasta ahora ha quedado claro que el uso de técnicas de reproducción asistida no es un mecanismo prohibido por ley de reproducción, lo que significaría que se trata de un método permitido por el orden constitucional y que, por tanto, los contratos celebrados al amparo del mismo (contrato de útero subrogado, por ejemplo) también son válidos. Más aún si ese mecanismo ha sido reconocido por el ordenamiento convencional como parte del derecho a la salud reproductiva.

Con ese escenario aclarado, este Juzgado puede evaluar que el recurso a las TERAs también constituye un mecanismo que coadyuve al ejercicio del derecho a la formación de una familia, es decir, si bien las TERAs no están prohibidas, su empleo solo es posible cuando tuvieran como destino la formación de una familia, pues lo contrario sería abrir una peligrosa puerta a la reproducción de seres humanos para múltiples propósitos, lo que implicaría hacer del hombre un instrumento al servicio de fines ajenos a su propia humanidad, asunto proscrito por el artículo 1 de la Constitución Política que consagra a la dignidad humana como fin supremo de la sociedad y el Estado.

**DECIMO PRIMERO:** Ahora bien, con respecto al derecho a la familia y/o protección familiar o vida familiar, se debe recordar que constituye una garantía iusfundamental prevista tanto en la Constitución Política del Perú como en diversos Pactos Internacionales suscritos por el Perú. En el ámbito interno, el derecho a la familia, en tanto instituto natural, está inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales y como consecuencia de ello es que han generado las llamadas “familias ensambladas” que tienen estructuras distintas a la tradicional que, sin embargo, también merecen protección y reconocimiento (STC 09332-2006-AA, fundamento 8). Así, el Tribunal Constitucional ha señalado que “la familia no puede concebirse únicamente como una institución en cuyo seno se materialice la dimensión

generativa o de procreación únicamente” (STC 6572-2006-AA, fundamento 10). Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que “El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos” (Observación General N° 19, de 1990).

En ese sentido, parece claro que las partes, en especial los demandantes Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau efectivamente tienen el derecho a fundar una familia, acudiendo a los métodos científicos y legales que permite el ordenamiento jurídico peruano, por lo que el RENIEC no puede cuestionar u obstruir la manera en que se constituye y estructura esta familia, debiendo, por el contrario, facilitar los medios para que esa familia sea precisamente instituida como tal, junto con sus hijos.

Lo anterior no es sino un ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad previsto en el artículo 2, inciso 1 de nuestro texto Constitucional. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado de forma contundente que:

“El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres.

Evidentemente no se trata de amparar constitucionalmente a cualquier clase de facultades o potestades que el ordenamiento pudiera haber reconocido o establecido a favor del ser humano. Por el contrario, estas se reducen a todas aquellas que sean consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona, y que no hayan recibido un reconocimiento especial mediante concretas disposiciones de derechos fundamentales.

Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra” (STC 2868-2004-AA, fundamento 14)

A su turno, los derechos sexuales y productivos, resultan también manifestaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad y del derecho a la vida privada, por ende, la postura del RENIEC, de no inscribir a los menores de iniciales L.N.N.R y C.D.N.R., tiene como resultado atentar contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los demandantes (en especial, contra su derecho a fundar una familia que es una manifestación del primero) frustrando así el desarrollo de un proyecto de vida familiar como consecuencia de su elección reproductiva.

#### **DECIMO SEGUNDO: EL INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES.**

Además de lo antes indicado, se debe tener en cuenta que la Sra. Ballesteros desde un inicio tuvo voluntad pro-creacional para tener hijos, a diferencia de la madre biológica que desde un inicio –y hasta ahora- tuvo una voluntad de entregar a los menores a la Sra. Ballesteros.

También se aprecia en autos, que actualmente la Sra. Ballesteros tiene a los menores bajo su guarda y que, de hecho, ejerce los cuidados y atributos propios de una auténtica madre (lo que no ocurre con la Sra. Rojas), le otorga una mejor posición para ser considerada como madre de los menores. Y es que este Juzgado no solo debe tener en cuenta los derechos de los adultos que intervienen en esta causa (esposos que querían ser padres y no podían y esposos que podían ser padres y ayudaron a los primeros) sino también el interés superior de los menores. Al respecto, el autor Alex Plácido señala que el interés superior del niño:

“... es el conjunto de circunstancias que establecen las adecuadas condiciones de vida del niño y que, en casos concretos, permiten determinar la mejor opción para

la debida protección de sus derechos fundamentales, preservando su personalidad, de prevalencia de lo espiritual sobre lo material (una vez asegurados ciertos mínimos) y de lo futuro sobre lo inmediato (sin descuidar un mínimo de equilibrio afectivo), atendiendo en lo posible a sus gustos, sentimientos y preferencias, etc., que también influyen en los medios elegibles”<sup>21</sup>

De acuerdo con lo anterior, en este caso no existe conflicto o dudas sobre la posición que ocupan la Sra. Ballesteros y su esposo frente a los menores, por lo que lo mejor para ellos es que su situación familiar no se vea alterada, criterio que, por lo demás, es el acorde con el sistema convencional de derechos humanos al que nos referimos antes.

En ese orden, corresponde un inmediato mandato para que se tutele el derecho a la identidad de los menores, derecho previsto en el inciso 1 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú. Sobre esta disposición de derecho fundamental, el Tribunal Constitucional ha sostenido en forma reiterada que este derecho “(...) ocupa un lugar esencial entre los atributos esenciales de la persona. Como tal representa el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo como es, encontrándose constituido por diversos elementos tanto de carácter objetivo como también de carácter subjetivo. Entre los primeros cabe mencionar los nombres, los seudónimos, los registros, la herencia genética, las características corporales, etc., mientras que entre los segundos se encuentran la ideología, la identidad cultural, los valores, la reputación, etc.” (STC 2223- 2005-HC, STC 05829-2009-AA/TC y STC 4509-2011-AA).

Ahora bien, con relación al nombre indica el Tribunal que este cumple una función elemental pues a través del mismo “(...) la persona no solo puede conocer su origen, sino saber quién o quiénes son sus progenitores, así como conservar sus

---

<sup>21</sup> PLÁCIDO, Alex. Manual de derechos de los niños, niñas y adolescentes. Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 190

apellidos. El nombre adquiere así una trascendencia vital en tanto, una vez establecido, la persona puede quedar plenamente individualizada en el universo de sus relaciones jurídicas y, desde luego, tener los derechos y las obligaciones que de acuerdo a su edad o condición le va señalando el ordenamiento jurídico” (STC 4509-2011-AA), en el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que “El nombre y los apellidos son esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia” (Sentencia del caso Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, nota 204, párrafo 184).

Por tanto, junto con el derecho a la salud reproductiva, libre desarrollo de la personalidad y a fundar una familia de los padres Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, corresponde también que se otorgue tutela al derecho al nombre de sus hijos de iniciales L. N.R. y C. D. N. R., debiendo el RENIEC reponer las cosas al estado anterior a los agravios generados en su contra, anulando las partidas que emitió y emitiendo nuevas partidas de nacimiento donde conste como sus apellidos paternos y maternos los de los señores Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros, así como que ellos son sus padres.

**DECIMO TERCERO:** La parte demandada debe pagar costos.

### **DECISIÓN:**

Por las razones expuestas y al amparo del artículo 200° inciso 2° de nuestra Constitución y 1° del Código Procesal Constitucional, administrando justicia a nombre de la Nación, el Juez del Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional, **DECIDE: DECLARAR FUNDADA** la demanda de amparo, interpuesta por la sociedad conyugal conformada por Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau; la sociedad conyugal conformada por Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabé Rojas Urco y por los menores de iniciales L. N. N.R. y C. D. N. R., en consecuencia:

1.- SE DECLARA NULAS las resoluciones registrales: 299-2016-ORSBORJ- JR10LIM-GOR/RENIEC y 300-2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR-RENIENC, asimismo, SE ANULAN las actas de nacimiento 30022117908 y 3002217885.

2.- SE ORDENA a RENIEC que emita nuevas partidas de nacimiento de los menores de iniciales L. N. N.R. y C. D. N. R, donde conste como sus apellidos (paterno y materno), los de los señores Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, así como registrar que ellos son sus padres, debiendo adicionar los demás que exige la ley, permitiéndoles también suscribir las nuevas actas de nacimiento.

3.- Mandato que debe ser cumplido en el plazo de 02 días, bajo apercibimiento de aplicarse las medidas coercitivas que correspondan, de conformidad con los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional.

4.- Con costos.

5.- Notifíquese en el día.